

Memoria del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

Año 2018



Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales
CONSEJERÍA DE HACIENDA, INDUSTRIA Y ENERGÍA

Índice

I. PRESENTACIÓN	7
II. LA INDEPENDENCIA DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATOS. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA	9
II.1. La Directiva 89/665/CEE	9
II.2. La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.....	9
II.3. El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía	11
III. REFERENCIA A LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. CONSECUENCIAS SOBRE EL INCREMENTO DE LA CARGA DE TRABAJO	16
IV. RECURSOS HUMANOS Y ORGANIZACIÓN.....	16
IV.1. Sede.....	16
IV.2. Composición	17
IV.3. Medios.....	17
V. TRANSPARENCIA Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN	18
VI. INFORME DE ACTIVIDAD	21
VI.1. Competencias	21
1.1. Ámbito objetivo.....	21
1.2. Ámbito subjetivo.....	22
1.3. Objeto del recurso.....	23
1.3.1. Contratos contra los que cabe el recurso especial	23
1.3.2. Contratos de los sectores especiales de la Ley 31/2007, de 30 de Octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.....	24
1.3.3. Actuaciones recurribles	24
1.4. Legitimación.....	25
1.5. Plazo de interposición	25
1.6. Forma de presentación. Documentación.....	27
1.7. Lugar de presentación	27

VI.2. Estadísticas de la actividad del Tribunal	28
2.1. Recursos y reclamaciones en materia de contratación	28
2.1.1. Poder adjudicador del que procede el acto recurrido y valor estimado.....	30
2.1.2. Tipo de contrato y acto objeto del recurso.....	32
2.2. Resoluciones.....	34
2.3. Duración del procedimiento.....	38
2.4. Indicadores de la actividad del Tribunal.....	39
VII. RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS	40
VIII. ACTUACIONES INSTRUMENTALES EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS	41
VIII.1. Transparencia de su actividad	41
VIII.2. Otras Actuaciones	42
IX. CRITERIOS ADOPTADOS POR EL TRIBUNAL EN SUS RESOLUCIONES	42
IX.1. Supuestos de Inadmisión	42
1.1. Incompetencia del Tribunal	42
1.2. Falta de legitimación.....	43
1.3. Contratos contra los que no cabe recurso	44
1.4. Actos posteriores a la adjudicación	45
1.5. Plazo, forma y lugar de presentación del recurso.....	46
1.6. Litispendencia.....	48
1.7. Otros supuestos.....	49
IX.2. Supuestos de impugnación de pliegos y anuncios de licitación	49
2.1. Cuestiones de índole procesal	50
2.1.1. Ausencia de controversia actual.....	50
2.1.2. Requisitos que deben concurrir para estimar que un acto es reproducción de otro anterior definitivo y firme.....	50
2.2. Objeto de los contratos	51
2.2.1 División en lotes del objeto del contrato.....	51
2.2.2 Recalificación del contrato en atención a su objeto	53
2.3. Precio del contrato	54
2.4. Solvencia. Proporcionalidad.....	56
2.5. Criterios de adjudicación.....	57
2.5.1. Criterios de arraigo territorial. Vulneración del principio de igualdad de trato	57
2.5.2. Vinculación al objeto del contrato y carácter proporcionado.....	57
2.5.3 Criterios de adjudicación genéricos e imprecisos.....	59
2.5.4 Aspectos sociales como criterio de adjudicación.....	61
2.6. Utilización del procedimiento negociado. Límites.....	61
2.7. Prescripciones técnicas: prohibición de restricciones injustificadas de la concurrencia.....	63
2.8. Rectificación de errores en los pliegos.....	64
IX.3. Supuestos de impugnación de actos de trámite cualificados	66
3.1.Exclusiones de las entidades candidatas o licitadoras o de sus ofertas.....	66
3.1.1. Exclusiones relacionadas con la presentación de la documentación.....	67
3.1.2. Exclusiones relacionadas con la capacidad del empresario.....	68
3.1.3. Exclusiones relacionadas con la solvencia de las empresas licitadoras.....	69

3.1.4. Exclusiones por deficiencias en la subsanación de la documentación acreditativa de los requisitos previos.....	70
3.1.5. Exclusiones por violación del secreto de las ofertas y/o de las garantías de objetividad e imparcialidad.....	72
3.1.6. Exclusiones por incumplimiento de determinadas exigencias contenidas en los pliegos.....	73
3.1.7. Exclusiones por no superar un umbral mínimo establecido en los criterios de adjudicación para continuar en el procedimiento de licitación.....	73
3.1.8. Exclusiones por no justificar la viabilidad de la oferta, inicialmente, incurrida en baja anormal o desproporcionada.....	74
3.1.9. Exclusiones relacionadas con el requerimiento de documentación previa a la adjudicación.....	74
3.2. Admisiones de las entidades candidatas o licitadoras o de sus ofertas.....	75
IX.4. Supuestos de impugnación de la adjudicación.....	77
4.1. Cuestiones relacionadas con el procedimiento de recurso, siendo el acto recurrido la adjudicación.....	77
4.1.1. Cómputo del plazo para la interposición del recurso cuando la notificación de la adjudicación es defectuosa.....	77
4.1.2. Trámite de vista del expediente y confidencialidad de las ofertas.....	78
4.1.2.1. Acceso por la recurrente a parte de la oferta de otras licitadoras declarada como confidencial.....	79
4.1.2.2. Obtención de copias en el acceso al expediente concedido por el órgano de contratación. Limitación por parte del órgano de contratación al acceso de documentación de las ofertas no declarada confidencial por estos.....	79
4.1.2.3. Limitación por el órgano de contratación en el acceso de la recurrente a la documentación declarada confidencial por otras licitadoras.....	81
4.1.2.4. Concesión del trámite de vista de expediente por el Tribunal. Plazo mínimo desde la vista para poder fundamentar el recurso.....	82
4.2. Cuestiones relacionadas con la acreditación de la solvencia.....	82
4.2.1. Posibilidad de acreditar la solvencia técnica mediante servicios de naturaleza similar prestados en contratos en los que la entidad formaba parte de una UTE.....	82
4.2.2. Concepto de servicios o trabajos de similar naturaleza.....	83
4.2.3. Doctrina sobre la acreditación de la solvencia con medios externos. Requisitos formales en cuanto a la acreditación de la disposición de tales medios.....	84
4.3. Empresas pertenecientes a un mismo grupo. «El levantamiento del velo».....	85
4.4. Prácticas colusorias. Competencia del órgano de contratación o de la mesa de contratación y de los órganos de resolución del recurso especial en materia de contratación sobre esta cuestión.....	87
4.5. Motivación de la admisión de las ofertas en la adjudicación del contrato.....	89
4.6. Allanamiento del órgano de contratación a la pretensión de la recurrente. Doctrina sobre los actos propios. « <i>Venire contra factum proprium non valet</i> ».....	90
4.7. Valoración de ofertas por entidad externa al órgano de contratación. Publicaciones en el perfil de contratante -artículo 63 de la LCSP-. Obligación de publicar las respuestas a las aclaraciones planteadas por las licitadoras.....	91
4.8. Principios generales de la contratación pública.....	92

4.8.1. Principio de igualdad. Oferta que supera manifiestamente el límite de páginas establecido en el PCAP.....	92
4.8.2. Principio de concurrencia. Se analiza cuando nos encontramos ante un error en la oferta fácilmente subsanable, por lo que no procede la exclusión, frente al supuesto en el que el error no puede ser objeto de subsanación.....	93
4.8.3. Principio de proporcionalidad. Supuestos en los que prevalece este principio en contraste con otros en los que no cabe su invocación si al aplicarlo se vulneran otros principios básicos de la contratación –seguridad jurídica e igualdad–.....	94
4.8.4. Principio de congruencia, lex contractus, seguridad jurídica e igualdad.....	97
X. OBJETIVOS PARA EL AÑO 2019	98
XI. REFLEXIÓN FINAL	99

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BOJA: Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

IVA: Impuesto del Valor Añadido.

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

LPACAP: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

PCAP: Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

PPT: Pliego de Prescripciones Técnicas.

RGLCAP: Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

RPER: Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

TARCJA: Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLCSPP: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

MEMORIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA AÑO 2018

I. PRESENTACIÓN

Como en años anteriores el objetivo perseguido con esta memoria es poner de manifiesto la actividad desarrollada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA) en el año 2018, resaltando las actuaciones desplegadas por el mismo en el ejercicio de las competencias que le son propias, así como otras de carácter instrumental encaminadas al conocimiento y difusión en las materias encomendadas.

Para la actividad del Tribunal ha tenido trascendental importancia la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que ha repercutido de manera más que notable en el incremento de recursos presentados, como se podrá comprobar con los datos de la presente memoria. Ello ha obligado a un mayor esfuerzo al objeto de conjugar la condición de recurso rápido y eficaz con el exigible y riguroso estudio en la resolución de los mismos.

Por otro lado, se hace una recopilación de la principal doctrina sentada por el Tribunal a través de sus resoluciones, en relación a cada uno de los actos susceptibles de recurso como son los anuncios y pliegos que han de regir las licitaciones, los actos de exclusión y demás actos de trámite cualificados y las resoluciones de adjudicación y otros actos finalizadores del procedimiento. De esta forma se pondrá de relieve cuáles son los aspectos más controvertidos que han dado lugar a un mayor índice de litigiosidad, así como cuál es la posición adoptada por el Tribunal al respecto. Con ello, se facilita a los distintos órganos de contratación el conocimiento de las patologías que se producen en el curso de los procedimientos de contratación, así como el modo de evitarlas o paliarlas en la medida de lo posible.

Respecto a la actividad institucional del Tribunal, se quieren resaltar algunos de los cambios producidos en el Órgano durante el año 2018. En este sentido mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 18 de septiembre de 2018, se dispone el nombramiento de Don Manuel Andrés Navarro Atienza como nuevo Presidente del TARCJA.

Resultan reseñables las actuaciones que se han realizado para mejorar la visibilidad del Tribunal en Internet y especialmente de sus resoluciones por medio de cambios en su web en el Portal de la Junta de Andalucía que permitan una mayor accesibilidad a las mismas. En esta línea, también se ha mejorado el servicio por el que se ofrece un buscador de los pronunciamientos de este Órgano de forma que los resultados sean lo más pertinentes posibles a las búsquedas planteadas con el objetivo de dar la mayor difusión y utilidad a la actividad realizada. Además, se ha impulsado la creación de un servicio de suscripción para que las personas que así lo deseen puedan recibir en su correo electrónico las resoluciones que se vayan dictando, que actualmente se encuentra en fase de desarrollo.

Por último destacar que tanto la persona titular de la Presidencia como las de las Vocalías del Órgano han tenido presencia en distintos foros y jornadas sobre contratación pública, exponiendo la doctrina del tribunal y las novedades introducidas en el recurso especial por la nueva LCSP.

La presente memoria ha sido aprobada por el Pleno del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su sesión de 26 de marzo de 2019.

II. LA INDEPENDENCIA DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

II.1. La Directiva 89/665/CEE

La Directiva 89/665/CEE, modificada por la Directiva 2007/66/CE, relativa a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos establece en relación con los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratos que los Estados miembros podrán optar entre atribuirlo a un órgano jurisdiccional o a un órgano administrativo. En nuestro país se ha optado por la segunda posibilidad.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.9 de la Directiva 89/665, en el caso de que se opte por la atribución de la competencia a un órgano administrativo, el nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes.

II.2. La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

El artículo 46 de la LCSP establece que en el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver el recurso especial será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia.

El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad.

La creación de este tipo de órganos, como hemos visto, viene impuesta por la normativa europea. Los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de

contratación se caracterizan por su independencia y especialización, que derivan de la especial cualificación de sus miembros, lo que se traduce en que sus resoluciones gozan de una presunción de validez reforzada. Como ha reconocido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de octubre de 2014, al referirse al recurso especial, la perspectiva querida tanto por el legislador europeo, y en consonancia con él, el español, es la de *«preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial, en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa»*.

Por otro lado, precisamente por su independencia se les ha reconocido la condición de órganos jurisdiccionales a la hora de poder plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –Sentencias dictadas en el asunto C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme, de 6 de octubre de 2015 y en el asunto C-546/16, Montte SL/Musikene, de 20 de septiembre de 2018.

En la Sentencia Consorci Sanitari del Maresme, el Tribunal, tras analizar la regulación del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, llega a la conclusión de su carácter independiente por tener la condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal; por ejercer sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno, estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de juicio de sus miembros; por ejercer sus funciones con total respeto de la objetividad y de la imparcialidad frente a las partes en litigio y a sus respectivos intereses en relación con el objeto del litigio y, finalmente, por el carácter inamovible de sus miembros, pudiendo ser cesados únicamente por alguna de las causas expresamente enumeradas en su norma reguladora.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa reconoce la peculiar naturaleza de los tribunales administrativos de recursos contractuales en su artículo 49.1, al prever la impugnación jurisdiccional de las resoluciones de estos Órganos administrativos independientes, sin que los mismos ostenten la condición de demandados en el proceso, siéndolo las personas o Administración favorecidas por el acto objeto del recurso. Esta circunstancia particulariza a los Tribunales de Recursos Contractuales frente a otras manifestaciones de jurisdicción retenida (Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 21-9-2017).

También constituyen un exponente del derecho a una buena administración, reconocido en los artículos 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

y 31 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que comprende el derecho de los ciudadanos a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable.

La creación de estos órganos ha supuesto un hito en orden a garantizar el cumplimiento de la normativa europea en materia de contratos. En este sentido el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 24 de enero de 2017 sobre la eficacia de las Directivas de recursos pone en valor la eficiencia, eficacia y ahorro que ha supuesto la puesta en funcionamiento por parte de los Estados miembros del mecanismo de recurso. En el informe se destaca que *«los servicios de la Comisión consideraron que las Directivas sobre procedimientos de recurso han tenido un efecto positivo en el procedimiento de contratación pública. Se considera que es más transparente (80,59 %), más justo (79,42 %) y más abierto y accesible (77,65 %), y que proporciona mayores incentivos para cumplir con las normas sustantivas de la contratación pública (81,77 %)»*.

Asimismo, la Comisión señala en su Informe que en unos Estados miembros la resolución del recurso corresponde a órganos jurisdiccionales y en otros se atribuye, en primera instancia, a órganos administrativos (caso de España), concluyendo que, como tendencia general, estos últimos tienden a ser más eficaces. Un 74,7% de los encuestados así lo confirman, al considerar que los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios son más lentos y dan lugar a criterios menos estrictos.

II.3. El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía se crea por el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (BOJA de 11 de noviembre de 2011), como Órgano de carácter especializado que actúa con plena independencia funcional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.2 de su norma de creación, quedando adscrito orgánicamente a la Consejería competente en materia de Hacienda –actualmente Consejería de Hacienda, Industria y Energía– a la que corresponde dotarla de los medios necesarios para el ejercicio de sus funciones.

A este Órgano le corresponde ejercer las competencias establecidas en el artículo 44 de la LCSP, competencias que sin perjuicio de que se detallan más adelante, se centran en la resolución de los recursos especiales y reclamaciones en materia contractual, que se han configurado como un sistema de autocontrol efectivo. En este sentido, los datos estadísticos de que se disponen acreditan las importantes ventajas económicas que ha aportado un modelo de control eficaz, en tanto ha favorecido la transparencia y la concurrencia y ha permitido corregir las patologías e *«inercias»* administrativas.

III. REFERENCIA A LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. CONSECUENCIAS SOBRE EL INCREMENTO DE LA CARGA DE TRABAJO

Se ha demostrado que el mecanismo de control introducido por la Ley 34/2010, de 5 de agosto¹, –el recurso especial en materia de contratación– que lleva más de 8 años en funcionamiento, es un instrumento eficaz.

En este sentido, este Órgano considera que, ante la nueva etapa que ha comenzado con la aprobación de la LCSP, se cuenta con la experiencia del recurso especial que representa, hasta el momento, un sistema de control efectivo.

El 8 de noviembre de 2017 se aprobó la citada LCSP. La norma legal fue publicada el 9 de noviembre de 2017 en el Boletín Oficial del Estado número 272, estableciendo en su disposición final decimosexta una «*vacatio legis*» de 4 meses desde su publicación, por lo que la misma ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2018, es decir, durante el periodo al que se refiere la presente memoria.

La norma ha introducido importantes novedades en lo relativo al recurso especial en materia de contratación que se encuentra regulado en el Capítulo V del Título I del Libro primero de la LCSP y en concreto en los artículos 44 a 60 del citado texto legal.

El artículo 44 de la LCSP introduce modificaciones en su apartado primero en relación con los tipos de contratos cuyos actos y decisiones podrán ser objeto de impugnación en comparación con la regulación contenida en el artículo 40 del TRLCSP²:

- Con respecto al contrato de obras se reduce el umbral del valor estimando de los contratos de 5.548.000 euros a 3.000.000 de euros, lo que supone una rebaja en el umbral de un 46%. Lo mismo ocurre con respecto a los contratos de concesión de obra y con la nueva tipología del contrato de concesión de servicios.
- Con relación a los contratos de servicios y suministro se disminuye el umbral de 221.000 euros a 100.000 euros, lo que supone una rebaja en el umbral de un 55%.

1. Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, entre otras.

2. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

- Se introduce la posibilidad de impugnar los contratos administrativos especiales en los que no se pueda fijar su precio de licitación o cuando su valor estimado sea el establecido para los contratos de servicios y suministros, así como los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

También es nueva la sujeción de los sistemas dinámicos de contratación así como de los contratos basados en acuerdos marco. No obstante, ya se venía sujetando al recurso especial por parte de los Tribunales de recursos contractuales los contratos basados en acuerdos marco que superasen el umbral comunitario, dándoles en este punto el mismo tratamiento que a un contrato de obras, servicios o suministro sujeto a regulación armonizada.

En el segundo apartado del artículo 44 de la LCSP, se establecen las actuaciones que pueden ser objeto de recurso, donde también se aprecian novedades, ya que además de los actos objeto de recurso que se recogen en el artículo 40.2 del TRLCSP se incluyen como nuevos actos los siguientes:

- La admisión de licitadoras y candidatas así como de sus ofertas.
- Las modificaciones contractuales.
- La formalización de encargos a medios propios.
- Los acuerdos de rescate de concesiones.

Por otra parte, la sujeción de los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública a los procedimientos que establece la Ley tanto para los contratos armonizados como no armonizados y la supresión del régimen jurídico por Instrucciones internas, determina que sean susceptibles de recurso especial los contratos y actos que, estando por debajo de los umbrales comunitarios, se encuentren por encima de los umbrales del recurso.

Resulta reseñable también el artículo 44.7 de la LCSP que establece que el recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuito para las recurrentes. Si bien la gratuidad de esta vía impugnación se consagra por primera vez a nivel legislativo, la misma ha sido nota característica del acceso al recurso ante el TARCJA desde el inicio de su funcionamiento.

El artículo 48 de la LCSP también amplía la legitimación activa para la interposición del recurso incorporando la doctrina que se ha generado desde la aprobación del TRLCSP hasta ahora, reconociendo de forma expresa la legitimación de las organizaciones sindicales contra actos de los que pudiera deducirse de forma fundada que en la ejecución del con-

trato vayan a implicar incumplimientos del empresario de obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. Asimismo, se reconoce la legitimación de la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

También se aprecian novedades significativas con relación al lugar de presentación de los recursos especiales; en este sentido, se amplían los lugares de presentación: además del Registro del órgano de contratación y del Tribunal como regula el TRLCSP, establece el artículo 51.3 de la LCSP la extensión a: «*cualquiera de los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*», indicando que en este supuesto se deberá comunicar al Tribunal la presentación del recurso de manera inmediata y de la forma más rápida posible.

Con respecto al plazo de presentación del recurso, se mantiene el de 15 días hábiles, si bien, en el supuesto de que el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 39 de la LCSP, el plazo será de 30 días en algunos supuestos y 6 meses en otros y desaparece así la cuestión de nulidad que se recogía en el artículo 39 del TRLCSP.

Con relación a la tramitación del procedimiento de recurso, la LCSP incorpora fundamentalmente las novedades introducidas por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPER); en síntesis, además de las ya mencionadas, encontramos las siguientes novedades:

- Se elimina el anuncio previo establecido en el artículo 44 del TRLCSP.
- Se establece en el artículo 51.1.e) la obligación de que la recurrente indique una dirección de correo electrónico «habilitada» a la que enviar las comunicaciones y notificaciones.
- El artículo 50 prevé que con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si la recurrente, con carácter previo a la interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.
- El artículo 51.2 especifica que en el caso de que el órgano solicite subsanaciones por defectos en el escrito de recurso, la presentación se realizará, necesariamente, en el

Registro del Tribunal; la misma previsión se establece en el trámite de alegaciones con el resto de las entidades interesadas que deberán presentarse también en el Registro del Tribunal.

- Se regulan expresamente las causas de inadmisión en el artículo 55.
- Se prevé en el artículo 57.2 que en el supuesto de que la estimación de un recurso conlleve la anulación de los pliegos rectores del procedimiento, ello determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.
- El mismo artículo 57.4 establece como novedad que en caso de que el Tribunal estime total o parcialmente un recurso, el órgano de contratación deberá darle conocimiento de las actuaciones que adopte para dar cumplimiento a la misma.
- Se incrementa el importe de las multas que puede imponer el Tribunal en los supuestos en los que aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso; en este sentido, si el artículo 47.5 del TRLCSP establecía que el importe máximo de la multa podía ascender a 15.000 euros, el artículo 58 de la LCSP lo eleva hasta los 30.000 euros, añadiendo para la determinación de su cuantía el cálculo de los beneficios obtenidos.
- También se aprecian novedades en la posibilidad del Tribunal de imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, no estando limitado a que lo solicite la recurrente –como prevé el artículo 55 del RPER– sino que ahora el artículo 58 de LCSP dispone que lo puede solicitar cualquier parte interesada.

Estas son las principales novedades que ha supuesto la entrada en vigor de la nueva LCSP con relación al recurso especial. Es necesario mencionar que, como se expondrá en el apartado VI de la presente memoria, se ha producido un importante aumento en la carga de trabajo asumida por el Tribunal provocada por varios factores; en primer lugar, por los nuevos umbrales a partir de los cuales se permite la interposición del recurso –que en algunos casos son incluso inferiores a la mitad, como se ha detallado–; en segundo lugar, por la previsión de que nuevos actos puedan ser recurridos lo que ha provocado el análisis de supuestos de gran complejidad; en tercer lugar, por las novedades que se establecen en la tramitación del procedimiento con el seguimiento de las resoluciones estimatorias, la obligación de dar vista del expediente o la imposición de mayores multas a las entidades recurrentes e indemnizaciones a las entidades contratantes.

IV. RECURSOS HUMANOS Y ORGANIZACIÓN

Con respecto a los medios materiales adscritos al Tribunal, procede mencionar que el TARCJA, aunque es un Órgano independiente, está adscrito orgánicamente a la Consejería competente en materia de Hacienda (actualmente, Consejería de Hacienda, Industria y Energía), a la que corresponde asignarle los medios materiales (artículos 1.2 y 9 del Decreto 332/2011). De esta manera no gestiona un presupuesto propio, sino que los gastos necesarios para su funcionamiento se tramitan por la Secretaría General Técnica de la citada Consejería.

IV.1. Sede

El Tribunal tiene su sede en la calle Barcelona, 4-6. 41001 Sevilla.



La sede del registro del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía para la presentación de documentación se encuentra sita en la siguiente dirección:

Registro General de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía: Calle Juan Antonio Vizarrón, s/n 41071 Sevilla.

IV.2. Composición

El TARCJA, como se ha mencionado, fue creado mediante el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (BOJA núm. 222, de 11 de noviembre) y se puso en funcionamiento por Orden de 14 de diciembre de 2011 (BOJA núm. 24, de 21 de diciembre) desarrollando su actividad como Órgano unipersonal durante los años 2012, 2013 y 2014.

En virtud del Decreto 120/2014, de 1 de agosto, se acordó la puesta en funcionamiento del Órgano como colegiado.

Mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 18 de septiembre de 2018 (BOJA nº184 de 21/9/2018), se dispone el nombramiento de Don Manuel Andrés Navarro Atienza, funcionario del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, como Presidente del TARCJA.

Asimismo, por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 13 de enero de 2015 (BOJA nº11 de 19/1/2015), se nombraron como vocales a doña María Lourdes Ruiz-Cabello Jiménez y a don Manuel Gutiérrez González, comenzando a funcionar como Órgano colegiado desde ese momento.

El Tribunal está asistido, además, por la persona titular de la Secretaría que actúa con voz y sin voto.

IV.3. Medios

Durante el año 2018 el Órgano ha contado con un menor número de personal de apoyo respecto a años anteriores y ello a pesar de que la carga de trabajo soportada ha aumentado en gran medida, como más adelante se expondrá.

A finales del año 2018 dejaron de prestar servicios dos personas, de forma que al término del periodo al que se refiere la presente memoria prestaban servicios en este Órgano nueve, además de los tres miembros del Tribunal y la Secretaria del mismo. Entre ellas, se encuentra una persona al frente del Gabinete de Recursos, un Asesor Técnico, dos personas encargadas de la Sección de Tramitación y un Técnico de apoyo. Finalmente, como personal administrativo este Tribunal cuenta con cuatro personas, incluyendo la secretaria de la Presidencia.

Es por ello que desde el año 2017 se está tramitando con la Consejería competente en materia de Hacienda, actualmente la Consejería de Hacienda, Industria y Energía –órgano al que se encuentra adscrito el TARCJA– una modificación de la Relación de Puestos

de Trabajo adscritos a este órgano, con el claro objetivo de que el TARCJA disponga de unos medios humanos y materiales suficientes para poder ejercer las competencias que tiene atribuidas de forma adecuada, si bien al día de la fecha no se ha culminado su tramitación.

V. TRANSPARENCIA Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

Durante el año 2018, se han realizado cambios para mejorar la visibilidad del TARCJA en Internet. En este sentido, se ha modificado la configuración de su página web para que resulte más sencillo el acceso al buscador de las resoluciones que dicta el Órgano resolviendo los recursos interpuestos. Además, resulta especialmente reseñable la inclusión de un nuevo apartado denominado «*novedades*» en el que se da noticia de las nuevas resoluciones que dicta el Órgano y al que se acompaña un resumen sobre los aspectos más relevantes de su contenido.

Se puede acceder a la web del Tribunal consultando el siguiente [enlace](#) o capturando con la cámara de un teléfono móvil el siguiente código QR:



Por otro lado, se ha seguido trabajando en el buscador de resoluciones con la finalidad de que proporcione unos resultados lo más pertinentes posibles a las consultas realizadas, con el ánimo de poder prestar un mejor servicio a quienes estén interesados en conocer los pronunciamientos que va realizando este Órgano. En este sentido, merece la pena destacar la importancia de la difusión de las resoluciones de este Tribunal como parte del objeto «*profiláctico*» de su actividad, ya que provee a los órganos de contratación de una herramienta eficaz que les permite resolver las cuestiones que se les planteen durante el procedimiento de contratación y que, en consecuencia, puede ayudar a mejorar la contratación pública y a reducir el número de recursos interpuestos, objetivos que también persigue este Órgano.

Desde otra perspectiva, el servicio de búsqueda de resoluciones también está permitiendo que los operadores económicos accedan a toda esta base de datos de pronunciamientos pudiendo conocer la interpretación que este Órgano está realizando de la LCSP

y que les facilita, en caso de que sea necesario, una herramienta para que puedan hacer valer sus derechos.

A continuación se muestra una imagen del buscador de resoluciones en la que se pueden apreciar los distintos campos de búsqueda:

2065 resoluciones disponibles

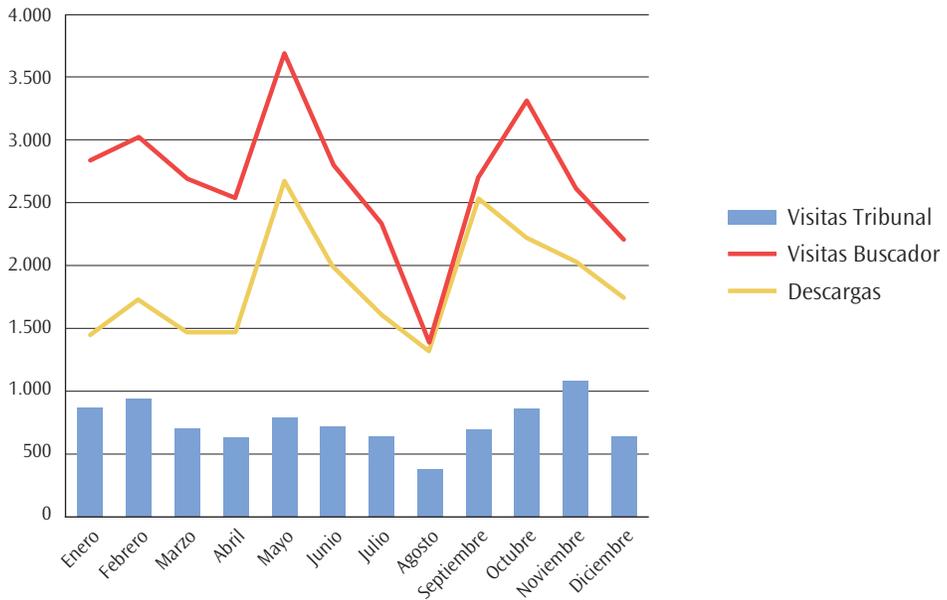
Resolución 88/2019
 Adjudicación. El pliego es ley entre las partes. Valoración paralela y alternativa a la del órgano de contratación. Discrecionalidad técnica; no se acredita el error alegado. Desestimación.
Fecha: 21/03/2019 **Número de recurso:** 389/2018
Tipo de contrato: Servicio **Tipo de resolución:** Desestimación
Acto recurrido: Adjudicación

Resolución 87/2019
 Pliegos. Entidad dependiente de una entidad local. El Ayuntamiento tiene órgano propio para la resolución del recurso especial en materia de contratación. Artículo 10.1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre. Incompetencia del Tribunal. Inadmisión.

Se ha considerado relevante realizar un análisis de los datos accesibles sobre el uso del buscador, la descarga de las resoluciones y el número de visitas a la web del Tribunal durante el año 2018. De los datos obtenidos merece destacar el número de visitas que ha recibido el buscador de resoluciones ya que ha ascendido durante el año 2018 a 32.185 accesos lo que supone una consulta media, teniendo en cuenta los días laborables, de casi 130 visitas diarias. Estos datos vienen a corroborar su utilidad y, por otra parte, nos revelan la importancia del buscador –tanto para los órganos de contratación como para los operadores económicos– como herramienta de consulta cada vez más necesaria, motivo por el que se debe seguir trabajando para mejorar su funcionamiento.

No resulta menos destacable el número de descargas de las resoluciones dictadas por este Órgano y que han ascendido durante el año 2018 a 22.249 y, finalmente, el número de visitas que ha tenido la dirección del Tribunal en Internet donde se puede acceder a toda la información relevante sobre su funcionamiento, que ha ascendido a 8.916 visitas. Toda esta información en términos mensuales se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Acceso Web Tribunal 2018



En esta línea de actuaciones, se ha comenzado a implementar el desarrollo de un servicio gratuito de suscripción desde su propia web a las resoluciones del Tribunal, de forma que las personas interesadas puedan recibirlas en su correo electrónico junto con un resumen de las cuestiones más importantes abordadas en las mismas. Se espera que el servicio esté operativo en un corto plazo de tiempo.

Se puede acceder a través de este [enlace](#) al buscador donde se pueden consultar las resoluciones que este Tribunal va dictando una vez que han sido notificadas a las recurrentes y demás partes interesadas. El buscador permite una fácil y rápida localización de las resoluciones e incluye los siguientes campos de búsqueda: texto libre, descripción, fecha, número de resolución y de recurso, tipo de contrato, acto recurrido y tipo de resolución, con el fin de facilitar su acceso. A continuación se muestra el Código QR del buscador de Resoluciones:



Por otro lado, se dispone de un procedimiento electrónico dentro del Registro de Procedimientos Administrativos de la Junta de Andalucía en el que se permite la presentación electrónica del recurso especial en materia de contratación, así como la de otros escritos relacionados con el procedimiento como son: subsanaciones, alegaciones, o la remisión por parte del órgano de contratación del expediente administrativo así como el resto de documentación que preceptúa la legislación aplicable, información a la que se puede acceder por medio del siguiente [enlace](#) (código QR):



Finalmente, indicar que la dirección de correo electrónico del TARCJA es: tribunaladministrativo.contratos@juntadeandalucia.es

VI. INFORME DE ACTIVIDAD

VI.1. Competencias

1.1. Ámbito objetivo

De conformidad con el artículo 1 de su norma de creación, al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía le corresponden las siguientes competencias:

1. Resolver los recursos especiales en materia de contratación, actualmente, al amparo de la LCSP.
2. Resolver las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación, así como las cuestiones de nulidad a que se refiere la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
3. Resolver, respecto a los contratos celebrados en el ámbito de la seguridad pública, los recursos especiales en materia de contratación y las cuestiones de nulidad a que se refiere la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

4.- Adoptar las decisiones que procedan sobre las medidas cautelares solicitadas por las personas legitimadas.

5.- Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa de la Unión Europea o la normativa estatal básica.

1.2. **Ámbito subjetivo**

El artículo 1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, residencia la competencia del TAR-CJA, desde el punto de vista subjetivo, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales con la condición de poderes adjudicadores.

No obstante, los artículos 10 y 11 del mencionado Decreto permitían que las entidades locales de Andalucía y sus poderes adjudicadores, el Parlamento de Andalucía, las instituciones de autogobierno del Capítulo VI del Título IV del Estatuto de Autonomía y las Universidades Públicas de Andalucía atribuyesen competencia al TARCJA para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación y cuestiones de nulidad planteados en su ámbito, previa suscripción de un convenio con la Consejería correspondiente en materia de Hacienda.

Tras la modificación efectuada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, del citado artículo 10 del Decreto 332/2011, el TARCJA será directamente competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, sin necesidad de suscribir un convenio, en caso de que estas no hayan creado un órgano propio para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación y las demás reclamaciones a que se refiere el artículo 1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, ni hayan encomendado su resolución a un órgano especializado en la materia que pudiera haberse creado a nivel provincial.

A este respecto, la nueva LCSP remite a lo que disponga la normativa autonómica, añadiendo que, en todo caso, los Ayuntamientos de los municipios de gran población y las Diputaciones Provinciales podrán crear su propio órgano especializado y que el resto de Ayuntamientos pueden, en su caso, atribuir la competencia para resolver el conocimiento del recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan.

En el caso de recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, se sigue manteniendo la previsión de que la competencia esté atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido.

Por otro lado, respecto a las instituciones a las que se refiere el artículo 11 del mencionado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, la Consejería de Hacienda y Administración Pública –actual Consejería de Hacienda, Industria y Energía– suscribió convenios de colaboración por los que se atribuyen al Tribunal competencias para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación que sean interpuestos en los procedimientos de contratación celebrados por las siguientes entidades:

- El Consejo Audiovisual de Andalucía.
- Las Universidades de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga, Sevilla, Pablo de Olavide, y la Universidad Internacional de Andalucía.

1.3. Objeto del recurso

El recurso especial en materia de contratación es previo al recurso contencioso-administrativo pero potestativo, de tal forma que contra los actos susceptibles de dicho recurso puede acudir directamente a la vía contencioso-administrativa.

1.3.1. Contratos contra los que cabe el recurso especial

De acuerdo con el artículo 44.1 de la nueva LCSP serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos enumerados en el apartado 1.3.3., referidos a los siguientes contratos con las siguientes cuantías:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la LCSP, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

1.3.2. Contratos de los sectores especiales de la Ley 31/2007, de 30 de Octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales

A lo anterior hay que añadir la vía de impugnación contemplada para los contratos celebrados en el ámbito de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que atribuye en su artículo 101 la competencia para resolver las reclamaciones, las cuestiones de nulidad y medidas cautelares, así como la de fijar las indemnizaciones que procedan, dentro de su ámbito de actuación, a los órganos competentes para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública.

El artículo 1 de la citada Ley 31/2007 establece su ámbito de aplicación que se extiende a los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas –que se recogen en el artículo 3.1 de la misma– que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales, tal como se concreta en los artículos 7 a 12, y su importe sea igual o superior a 443.000 euros en los contratos de suministro y servicios y 5.548.000 euros en los contratos de obras, como se indica en su artículo 16 según las cuantías fijadas en la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre (BOE núm. 316, de 29 de diciembre de 2017) .

1.3.3. Actuaciones recurribles

De conformidad con lo dispuesto en el art. 44.2 LCSP podrán ser objeto de recurso las siguientes actuaciones:

- a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso, se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatas o licitadoras, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas.
- c) Los acuerdos de adjudicación.
- d) Las modificaciones cuando debieron ser objeto de una nueva adjudicación.

- e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.
- f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Contra las actuaciones anteriores que tengan lugar en la tramitación de los contratos anteriormente mencionados no procederá la interposición de los recursos administrativos ordinarios.

El recurso especial en materia de contratación no se dará en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 120 de la LCSP.

1.4. Legitimación

El artículo 48 de la LCSP establece que el recurso especial en materia de contratación se podrá interponer por cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

También lo podrán interponer las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

1.5. Plazo de interposición

El artículo 50 de la LCSP establece que el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Este plazo se computará:

- a) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.
- b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que las partes interesadas pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado a la parte interesada los mismos o esta haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

- c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.
- d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir de la fecha del envío de la notificación siempre que la adjudicación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por la parte interesada, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP.
- e) Cuando el recurso se interponga en relación con alguna modificación por entender que la misma debió ser objeto de una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.
- f) Cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en la Ley, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.
- g) En todos los demás casos, el plazo comenzará a contar a partir de la fecha del envío de la notificación siempre que el acto del que sea objeto se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por la parte interesada, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP.

El mismo artículo 50 prevé especialidades cuando el recurso se funde en determinadas causas de nulidad contempladas en el artículo 39 de la LCSP, en cuyo caso el plazo de interposición será:

- a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a las candidatas o licitadoras afectadas, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición de la adjudicataria que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.
- b) En los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato.

1.6. Forma de presentación. Documentación

Según establece el artículo 51 de la LCSP, en el escrito de interposición se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse la recurrente y, en su caso, las medidas cautelares que en su caso solicite, acompañándose también:

- a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.
- b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.
- c) La copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del boletín oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.
- d) El documento o documentos en que funde su derecho.
- e) Una dirección de correo electrónico «*habilitada*» a la que enviar las comunicaciones y notificaciones.

1.7. Lugar de presentación

El artículo 51 de la LCSP establece que el escrito de interposición podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

Asimismo, el mencionado precepto prevé que el recurso se podrá presentar en el resto de lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, estos son:

- a) En los restantes registros electrónicos de la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y del sector público institucional.
- b) En las oficinas de Correos.
- c) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
- d) En las oficinas de asistencia en materia de registros.

e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

En el supuesto de que se presente el recurso en un registro distinto al del órgano de contratación o al del órgano competente para la resolución del recurso, se ha de tener en cuenta que se deberá remitir al Tribunal, copia del escrito presentado de manera inmediata y de la forma más rápida posible.

Actualmente este Órgano dispone de dos vías para la presentación del recurso especial en materia de contratación:

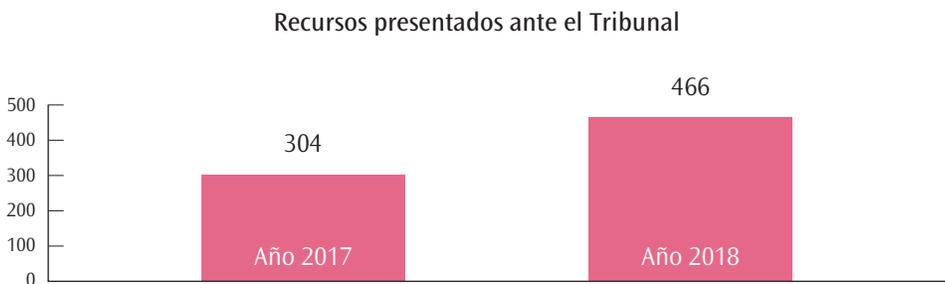
- La presentación electrónica del recurso especial o reclamación en materia de contratación a través del siguiente [enlace](#).
- La presentación en papel en el Registro de este Tribunal sito en la siguiente dirección: Registro General de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía: Calle Juan Antonio Vizarrón, s/n 41071, Sevilla.

VI.2. Estadísticas de la actividad del Tribunal

2.1. Recursos y reclamaciones en materia de contratación

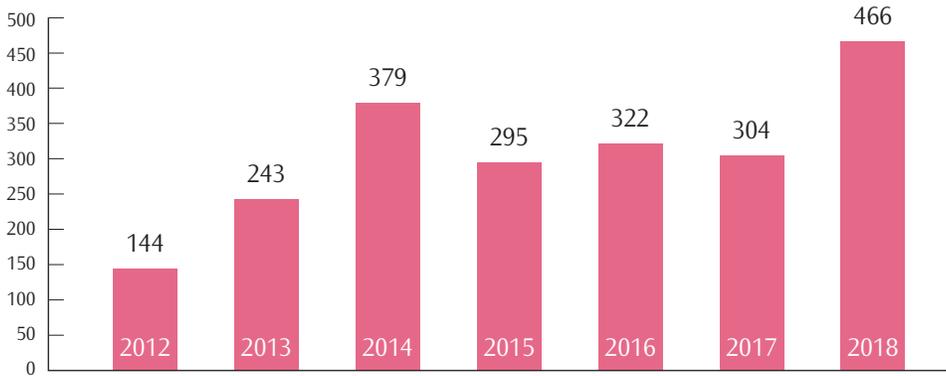
Durante el año 2018 ha habido un fuerte incremento del número de recursos, habiendo tenido entrada en el Tribunal un total de 466, es decir, 162 recursos más que en el año anterior, lo que supone un aumento de un 53%.

En los siguientes gráficos se refleja el número de recursos que han tenido entrada en el TARCJA de forma comparativa desde su creación. Además, se puede apreciar las entradas de recursos en el Tribunal por meses, durante los años 2017 y 2018. Así, el promedio mensual en 2018 fue de 39 recursos frente a los 25 recursos de 2017.



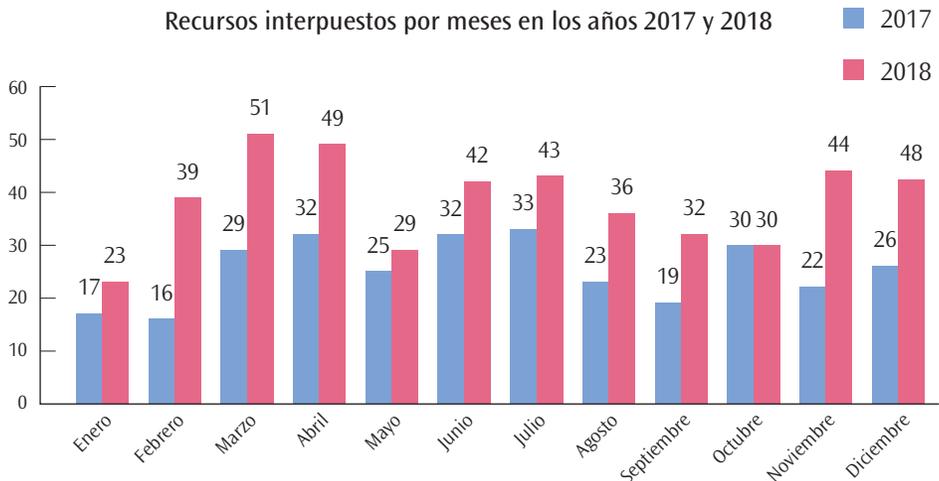
De estos datos se puede apreciar, como hemos señalado, el incremento total de un 53% del número de recursos presentados en el año 2018 respecto del anterior.

Recursos presentados ante el Tribunal en los años 2012 a 2018



En la tabla anterior, se muestra comparativamente el número de recursos presentados en los años de funcionamiento del Tribunal. De los datos expuestos se puede comprobar que fue en el año 2018 en el que se presentaron un mayor número de recursos, con bastante diferencia respecto de los años precedentes.

Recursos interpuestos por meses en los años 2017 y 2018



De los datos contenidos en el gráfico anterior, se extrae que la mayor diferencia en el número de recursos presentados entre los años 2017 y 2018 se produce en: febrero, marzo, noviembre y diciembre en los que se aprecia un aumento aproximadamente del 40% respecto del año anterior. Por otro lado, resulta similar la actividad en mayo y en octubre de ambos años, sobre todo en octubre en el que se presentaron exactamente el mismo número de recursos.

2.1.1. Poder adjudicador del que procede el acto recurrido y valor estimado

Hay que poner de relieve que el valor estimado global de las licitaciones en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, que han sido impugnadas en el año 2018, asciende a más de mil novecientos millones de euros, en concreto; 1.923.290.243,50 euros, lo que supone un notable incremento respecto del año anterior.

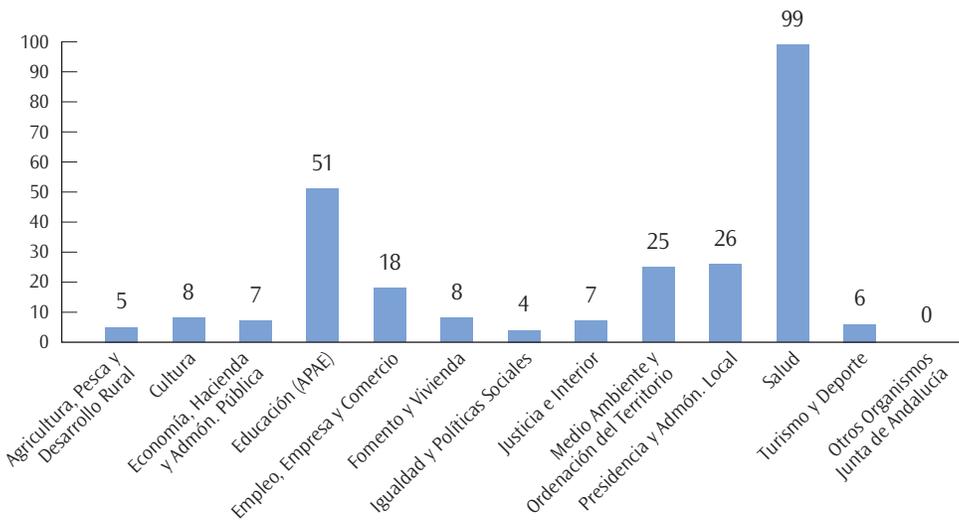
En la siguiente tabla se muestra el número de recursos por ámbito subjetivo de procedencia durante el año 2018. Así, si en 2017 se computaron 172 recursos contra actos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, en 2018 el número de recursos se sitúa en 264 lo que supone un incremento de más del 53%. Se observa que en el ámbito de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales el mayor número de recursos en el año 2018 al igual que en el año 2017 procede de entes del sector público adscritos a la entonces Consejería de Salud ; en concreto, del Servicio Andaluz de Salud.

Por otro lado, resulta significativo el aumento de recursos procedentes de expedientes de contratación tramitados por la Agencia Pública Andaluza de Educación perteneciente a la Consejería de Educación, que pasan de 17 a 51 recursos.

Recursos interpuestos por Consejerías y Entes Instrumentales de la Junta de Andalucía, 2018

Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural	Cultura	Economía, Hacienda y Admón. Pública	Educación (APAE)	Empleo, Empresa y Comercio	Fomento y Vivienda	Igualdad y Políticas Sociales	Justicia Interior	Medio Ambiente y Ordenación del Territorio	Presidencia, y Admón. Local	Salud	Turismo y Deporte	Otros Organismos Junta Andalucía
5	8	7	51	18	8	4	7	25	26	99	6	0

Recursos por Consejerías y Entes Instrumentales Junta de Andalucía año 2018



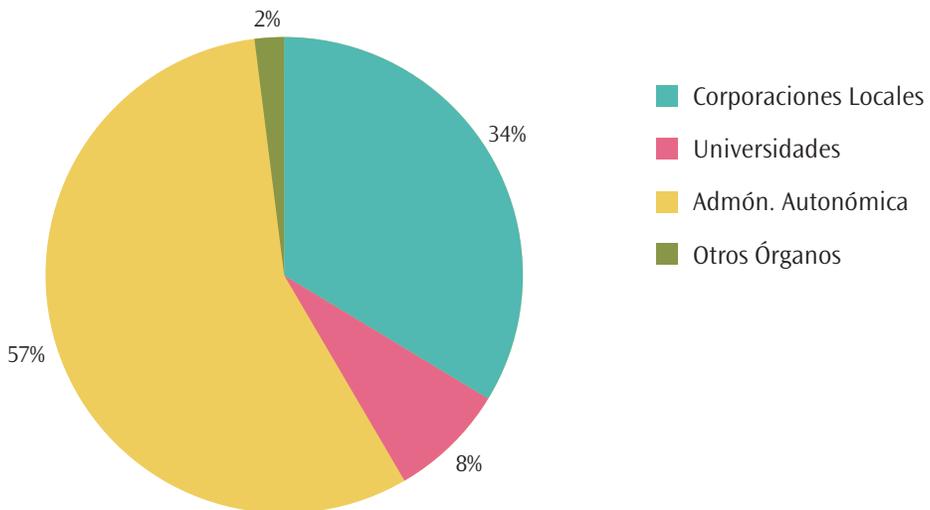
En lo que respecta a las entidades locales, en 2018 se computaron 158 recursos contra actos emanados de las mismas, 54 más que en el año anterior. En el ámbito de las Universidades andaluzas, el número de recursos contractuales ha aumentado de 20 a 36.

En este sentido, el valor estimado total de este segundo grupo de licitaciones impugnadas asciende a un total de 817.957.304,17 euros.

Como resumen de los datos expuestos en este apartado:

		2017	2018
PROCEDENCIA Recursos	Corporaciones Locales	104	158
	Universidades	20	36
	Admón. Autonómica	172	264
	Otros Órganos	8	8

Procedencia Recursos 2018



De los datos anteriores se desprende que el Tribunal a lo largo del año 2018 analizó los recursos planteados en expedientes de contratación cuyo valor estimado superó –teniendo en cuenta los dos grupos señalados– más de dos mil setecientos millones de euros, que supone un incremento respecto del año anterior de más de un 50%, lo que muestra la relevancia de la actividad que realiza este Órgano.

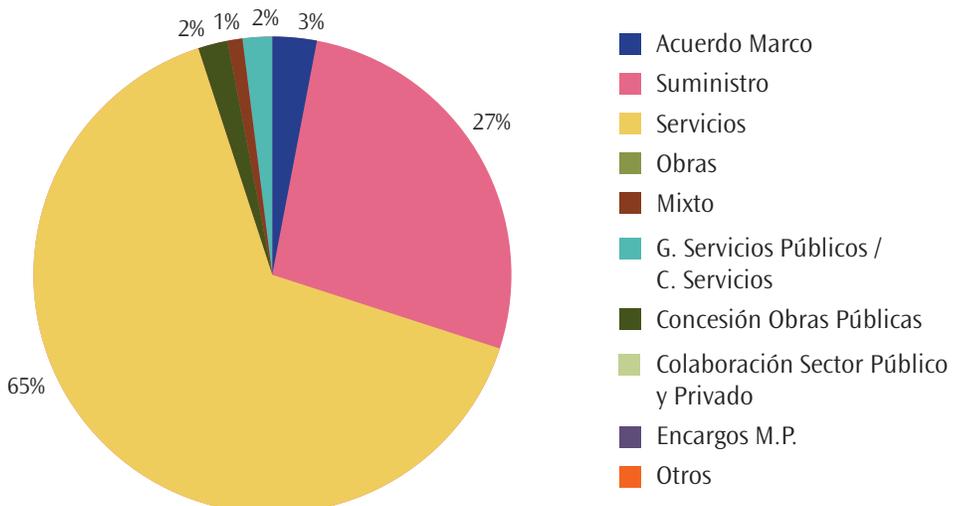
2.1.2. Tipo de contrato y acto objeto del recurso

Por otro lado, el mayor número de recursos del año 2018 se ha producido, al igual que en años anteriores, en el ámbito del contrato de servicios (312 recursos) y el acto contra el que se han presentado más impugnaciones ha sido la adjudicación (187 recursos).

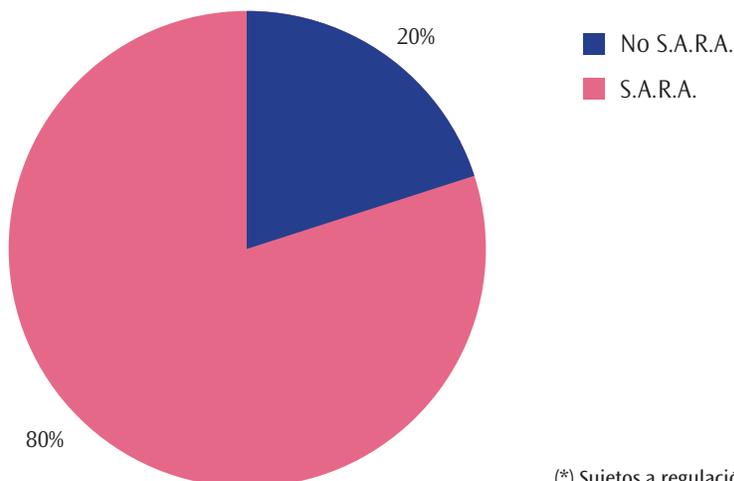
En los siguientes gráficos se puede observar el porcentaje de recursos de 2018 atendiendo, respectivamente, al tipo de contrato y al acto impugnado. Según el tipo de contrato al que afecta el acto recurrido, como se ha señalado, el número de recursos ha sido mayor respecto del contrato de servicios (65%), al igual que sucedía en el año 2017. Por otro lado, también se muestra el porcentaje de recursos presentados que combaten actos relativos a expedientes de contratación sujetos a regulación armonizada –en total 371– que representan un total del 80% de los recursos presentados.

TIPO CONTRATO	Nº
Acuerdo Marco	16
Suministro	124
Servicios	301
Obras	10
Mixto	3
Gestión Servicios Públicos / C. Servicios	10
Concesión Obras Públicas	0
Colaboración Sector Público y Privado	0
Encargos a medios propios	2
Otros	0

Tipo de contrato recursos 2018



Recursos contratos S.A.R.A.*



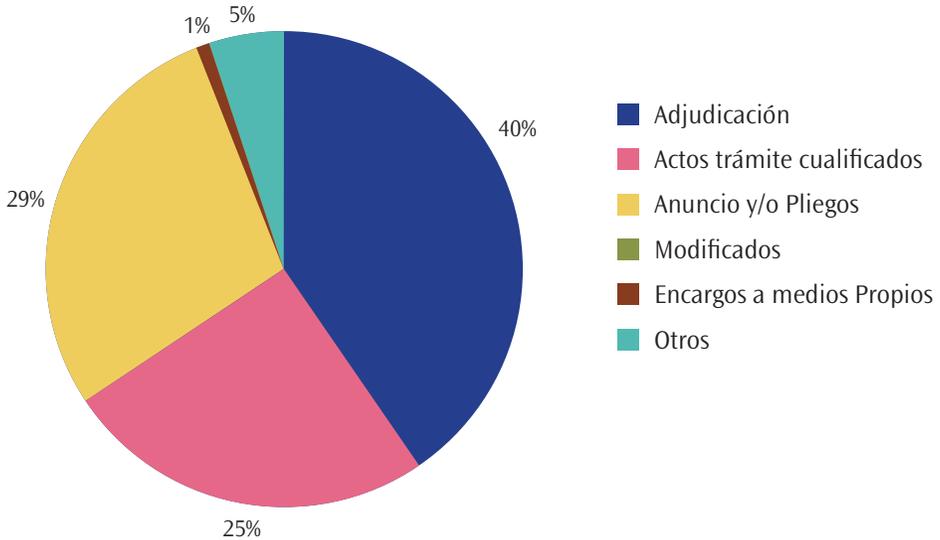
(*) Sujetos a regulación armonizada.

Según el tipo de acto impugnado, y como anteriormente se ha indicado, el acto más recurrido ha sido la resolución de adjudicación del contrato, con un 40% de los recursos, aunque supone un porcentaje inferior al del año 2017 en que los recursos contra los actos de adjudicación representaron un 47%. Sí resulta similar el número de recursos contra los pliegos y demás documentos contractuales –32% en 2017 y 29% en 2018–, sin embargo, se aprecia un aumento de los recursos contra actos de trámite cualificados, que pasan de suponer un 16% en el año 2017 al 25% en el año 2018. La disminución de los recursos contra la adjudicación y el aumento respecto de los actos de trámite cualificados es consecuencia de la nueva regulación en la LCSP, que prevé expresamente los recursos contra la admisión o inadmisión de licitadoras y la admisión o exclusión de ofertas.

Es destacable por su novedad la presentación de dos recursos contra sendos actos de formalización de encargos a medios propios, que responde a la ampliación de la nueva LCSP de las actuaciones susceptibles de recurso.

ACTO IMPUGNADO	Nº
Adjudicación	186
Actos trámite cualificados	118
Anuncio y/o Pliegos	135
Modificados	0
Encargos a medios Propios	2
Otros	25

Acto impugnado recursos 2018



2.2. Resoluciones

En 2018, el Tribunal ha dictado un total de 363 resoluciones con relación a los recursos interpuestos. En el año 2017 el número de resoluciones fue de 284. El incremento de las resoluciones dictadas –en total 79– que representan un aumento de casi un 28% respecto al año anterior, ha sido consecuencia directa de la entrada en vigor de la nueva LCSP ya que la citada norma disminuye drásticamente el umbral del valor estimado de los contratos para que puedan ser recurridos los actos dictados en los correspondientes procedimientos de adjudicación mediante la interposición del recurso especial.

De las 363 resoluciones adoptadas, 86 corresponden a estimaciones –parciales o totales–, 126 a desestimaciones, 128 a inadmisiones y 23 a desistimientos y otros supuestos. Asimismo, si se efectúa el cómputo atendiendo solamente a las resoluciones que resuelven sobre el fondo del recurso, se aprecia un 59% de resoluciones desestimatorias frente a un 41% de resoluciones estimatorias.

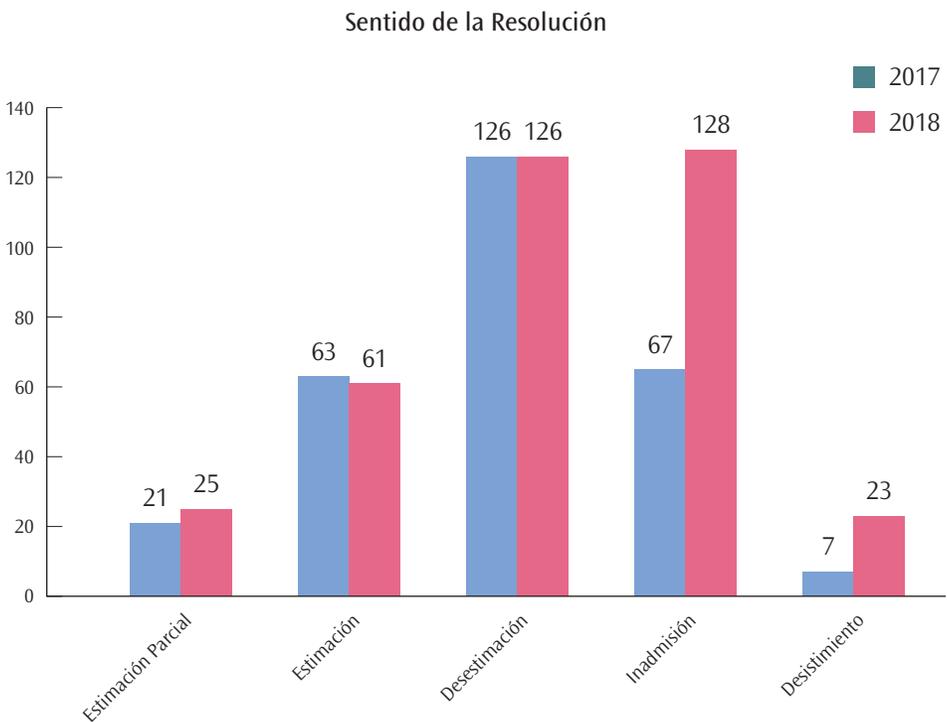
En relación a las medidas cautelares, se han dictado 153 a lo largo del año 2018. De ellas tan solo 8 han resuelto la desestimación de las medidas solicitadas. Sobre este particular, se quiere hacer hincapié en que la garantía del efecto útil del recurso, así como los breves plazos para su resolución imponen, en un alto índice de supuestos, la necesidad de acordar la suspensión; así, un 95% de las resoluciones de medidas cautelares dictadas han sido estimatorias.

Por otro lado, si se compara el volumen de las resoluciones dictadas durante el año 2018 en relación con los años anteriores, se aprecia que el volumen de resoluciones emitidas por el órgano en cada uno de los años que lleva en funcionamiento ha sido inferior, a excepción del año 2015, en el que se dictaron 435 resoluciones.

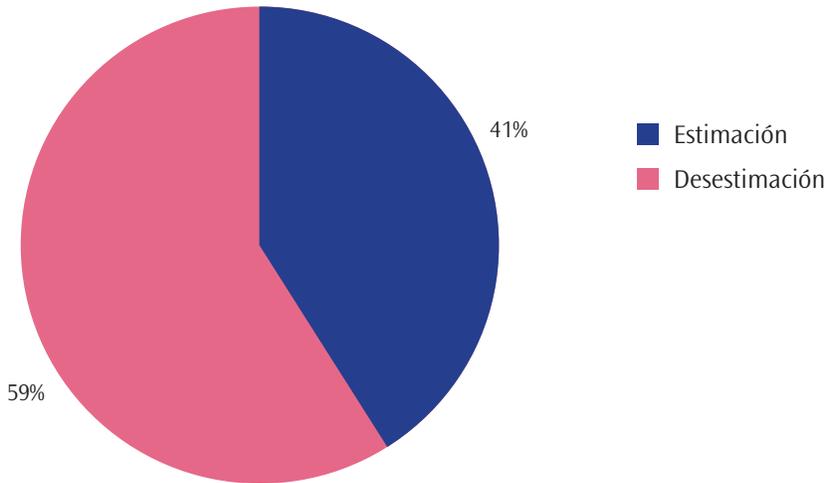
En los gráficos siguientes, se pueden observar los datos antes expuestos de la actividad del Tribunal en el año 2018 así como su comparativa con respecto a los ejercicios anteriores.

Por el sentido de la resolución:

		2017	2018
SENTIDO RESOLUCIÓN	Estimación Parcial	21	25
	Estimación	63	61
	Desestimación	126	126
	Inadmisión	67	128
	Desistimiento	7	23



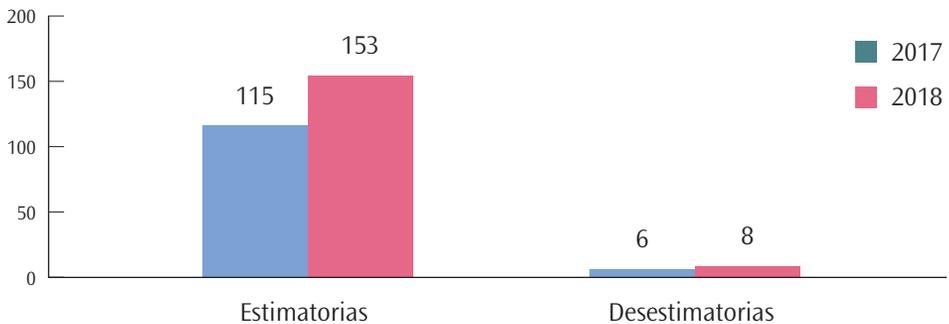
Resoluciones 2018 que entran en el Fondo del Asunto



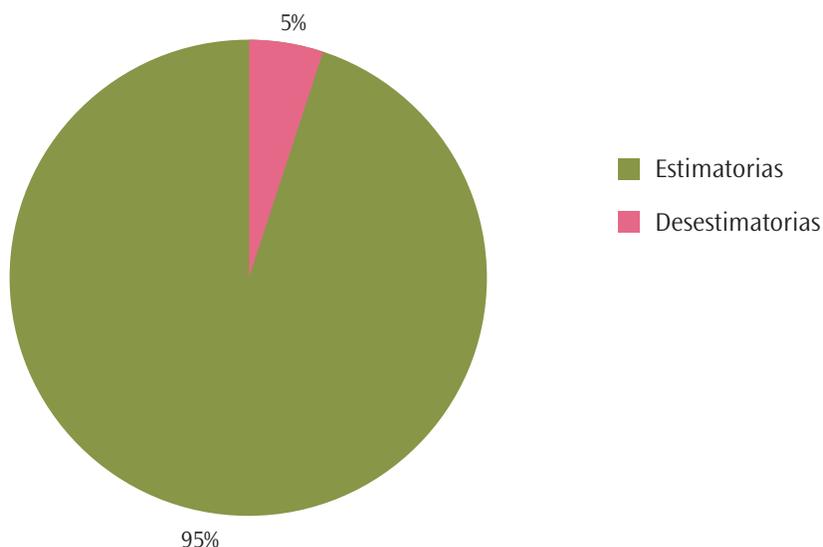
Resoluciones de medidas cautelares:

		2017	2018
Resoluciones Medidas Cautelares	Estimatorias	115	153
	Desestimatorias	6	8

Resoluciones de Medidas Cautelares

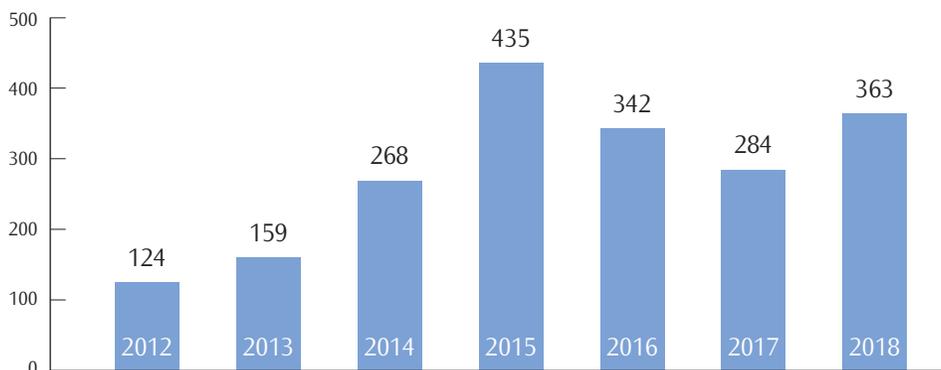


Resoluciones 2018 de Medidas Cautelares



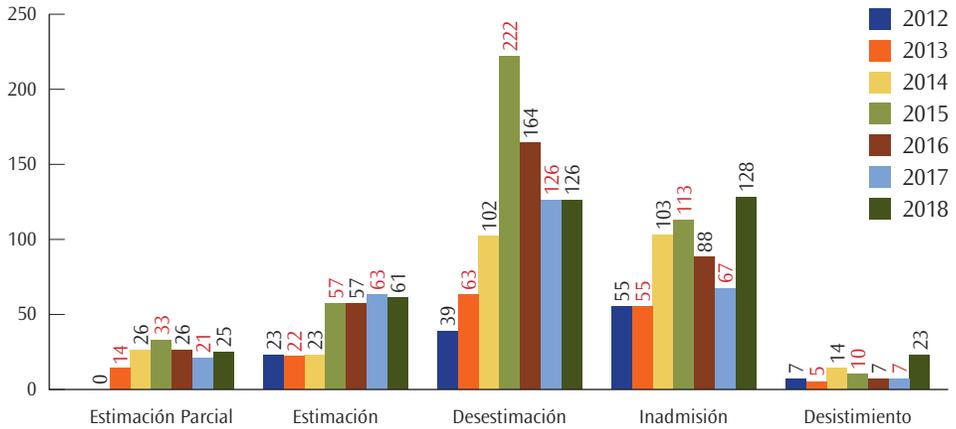
Comparación del número de resoluciones adoptadas y sentido de las mismas entre el 2012 y 2018:

Resoluciones años 2012 a 2018



		2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
SENTIDO RESOLUCIÓN	Estimación Parcial	0	14	26	33	26	21	25
	Estimación	23	22	23	57	57	63	61
	Desestimación	39	63	102	222	164	126	126
	Inadmisión	55	55	103	113	88	67	128
	Desistimiento	7	5	14	10	7	7	23

Sentido de la Resolución años 2012 a 2018



2.3. Duración del procedimiento

En el siguiente gráfico se puede apreciar la duración media de la tramitación del recurso especial en materia de contratación desde que se recibe el recurso en el Registro de este Órgano hasta la resolución por la que se resuelve el mismo. El plazo se muestra en días hábiles.

De la información que figura en el mismo se puede apreciar un leve repunte en el número de días necesarios para la resolución del recurso. Este aumento obedece a dos factores; por un lado, al significativo incremento en el número de recursos presentados durante el año 2018 y, por otro, al decremento en el número de efectivos que cuenta el Órgano para la tramitación de los expedientes de recurso.

A juicio del Tribunal y como se viene anunciando, en el caso de que no se incremente el número de efectivos actuales y teniendo en cuenta la carga de trabajo actual que sigue aumentando, va a resultar muy difícil revertir esta situación lo que puede privar al recurso especial en el ámbito de este Órgano de dos de las características esenciales que son parte de su razón de ser: la agilidad en su tramitación y la rapidez en su resolución.

Promedio de días en Resolver



2.4. Indicadores de la actividad del Tribunal

Se ha considerado conveniente introducir este año los distintos indicadores relativos a la actividad del Tribunal. En este sentido, se han calculado las tasas de: resolución, congestión, éxito y judicialización.

El cálculo de la tasa de resolución se realiza a partir del número de nuevos asuntos y asuntos resueltos. Durante el año 2018 la tasa de resolución ascendió a un 78% lo que nos muestra un empeoramiento respecto al año anterior que estuvo próximo al 100%. Esta diferencia queda justificada, como se ha indicado anteriormente, por el significativo aumento de recursos.

La tasa de congestión se calcula a partir del número de recursos pendientes de resolver a final año y las resoluciones dictadas. En este sentido, la tasa de congestión en el año 2018 se sitúa en un 132% lo que implica que el número de recursos ingresados excede en un 32% la capacidad que tiene el Órgano para su resolución en el plazo mencionado.

La tasa de éxito muestra las probabilidades de que un recurso sea estimado. Esta información se ha extraído teniendo en cuenta el número de resoluciones que han estimado total o parcialmente las pretensiones de las recurrentes en comparación con aquellas en las que las mismas se han desestimado, es decir, excluyendo las inadmisiones así como los desistimientos del órgano de contratación o de las propias recurrentes. Durante el año 2018, la tasa de éxito ha ascendido al 41%, lo que supone un leve incremento respecto al anterior y lo que muestra la alta tasa de éxito respecto de los asuntos que son sometidos a este Órgano.

Finalmente, la tasa de judicialización se calcula teniendo en cuenta el número de resoluciones que son impugnadas ante la Jurisdicción contencioso-administrativa del total que han sido adoptadas durante un periodo dado. Su resultado indica las probabilidades de

que una resolución dictada por este Órgano sea impugnada. De los datos existentes y que van a ser objeto de análisis en el siguiente apartado de esta memoria se desprende que la tasa de judicialización asciende al 4,40% lo que muestra –en sintonía con años anteriores– la muy reducida impugnación de las resoluciones dictadas por el Órgano.

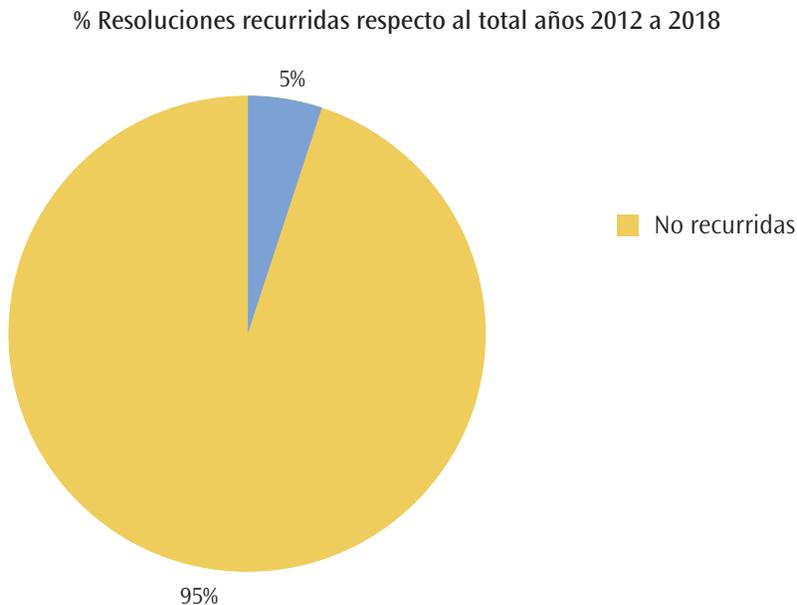
VII. RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Hay que destacar que también durante el año 2018 ha seguido siendo escaso el número de resoluciones dictadas por el Tribunal impugnadas ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, lo que supone la aceptación del criterio asentado por el Tribunal por parte de quienes acuden al mismo interponiendo un recurso. Así, de las 1975 resoluciones que se han dictado en los siete años de funcionamiento, solo han sido recurridas 109 ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, lo que supone un porcentaje de impugnación judicial de un 5%. Este porcentaje durante el año 2018 se ha situado –como se ha indicado– en el 4,40%.

Asimismo, merece destacar que de los 109 recursos contencioso-administrativos interpuestos, según los datos de que dispone este Tribunal la Sala solo se ha pronunciado por el momento sobre 43, de los cuales solo en 3 se ha estimado el recurso contra la Resolución del Tribunal, como se puede apreciar en la siguiente tabla:

AÑO	RESOLUCIONES TARCA		SENTENCIAS		
	TOTAL	Recurridas	Estimatorias	Desestimatorias	Autos Archivo actuaciones
2012	124	4		2	1
2013	159	8		5	3
2014	268	21	2	10	5
2015	435	22	1	8	1
2016	342	19		2	1
2017	284	19			2
2018	363	16			
TOTAL	1.975	109	3	27	13

Porcentaje de resoluciones recurridas respecto al total de resoluciones en los años 2012 a 2018:



VIII. ACTUACIONES INSTRUMENTALES EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS

VIII.1. Transparencia de su actividad

El TARCJA, desde que inició su funcionamiento en virtud de la Orden de 14 de diciembre de 2011 (BOJA nº 24, de 21 de diciembre), ha venido cumpliendo con las exigencias de publicidad activa previstas en el artículo 7 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, mediante la publicación en el portal de la Junta de Andalucía, dentro del sitio web correspondiente al citado Tribunal, de:

- Las resoluciones dictadas por el mismo, una vez notificadas a las partes interesadas.
- Toda la información referente al Órgano, tal como la composición, competencias, normativa de aplicación, datos básicos, guía informativa sobre regulación del Tribunal y los procedimientos seguidos ante el mismo.
- Las memorias anuales de la actividad del Tribunal, estando publicadas actualmente las de los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 y en breve se publicará la presente.
- Asimismo, se ha publicado una relación de los Convenios de Colaboración suscritos con las Universidades Públicas Andaluzas para la resolución de sus recursos especiales en materia de contratación por este Tribunal.

- El Buscador de resoluciones diseñado con campos de búsqueda por palabras, fecha y número de resolución, así como por tipo de contrato, acto recurrido y sentido de la resolución lo que facilita la localización de las mismas sirviendo de instrumento muy útil para los distintos operadores jurídicos.

La publicación de las resoluciones dictadas por el Tribunal va generando un cuerpo de doctrina que sirve de guía a los distintos operadores que participan en la contratación pública y de esa forma ir reduciendo el número de irregularidades que se puedan producir en los procedimientos de contratación pública y en consecuencia, el número de recursos que se interpongan ante este Órgano.

VIII.2. Otras actuaciones

También hay que destacar la presencia del TARCJA en foros y jornadas sobre contratación pública que, ha podido dar a conocer la labor desempeñada por el mismo, así como los principales criterios asentados en sus resoluciones.

IX. CRITERIOS ADOPTADOS POR EL TRIBUNAL EN SUS RESOLUCIONES

En este apartado se exponen los pronunciamientos más novedosos del Tribunal tanto en los supuestos de inadmisión de recursos como en los de impugnación de los pliegos y/o del anuncio de licitación, de la admisión y/o exclusión de las entidades licitadoras o de sus ofertas, así como de la adjudicación y otros actos finalizadores del procedimiento de licitación.

También se destacan aquellos aspectos que suponen una clara consolidación de la doctrina que este Tribunal ha ido conformando y fijando a lo largo de sus años de funcionamiento.

IX.1. Supuestos de inadmisión

1.1. Incompetencia del Tribunal

El TARCJA ha dictado muchas resoluciones declarando su incompetencia para resolver el recurso especial en el ámbito de las entidades locales de Andalucía, bien porque estas tenían órgano propio (ejemplo, Ayuntamientos de capitales de provincia como Sevilla, Córdoba y Granada o de municipios que no son capital de provincia como Marbella. Véase Resolución 315/2018 -Marbella-), bien porque habían atribuido la competencia al órgano de la Diputación Provincial respectiva (caso de municipios como Almuñécar respecto a la Diputación Provincial de Granada o Jerez de la Frontera respecto a la Diputación Provincial de Cádiz).

1.2. Falta de legitimación

El artículo 48 de la LCSP amplía la legitimación respecto a la regulación anterior. Así, distingue entre intereses individuales y colectivos (antes solo se hablaba de derechos o intereses legítimos) y se introduce el perjuicio directo o indirecto provocado por las decisiones objeto del recurso. Dice así *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

La ley exige un interés legítimo para la interposición del recurso, sin que baste un mero interés en defensa de la legalidad. El Tribunal ha invocado en numerosas resoluciones con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (v.g. Resolución 7/2018) que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación. De este modo, no basta como elemento legitimador el genérico deseo ciudadano de la legalidad. El sujeto accionante debe tener atribuido un derecho subjetivo reaccional que le permita impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal y que ha incidido en su esfera vital de intereses.

Así, se ha reconocido legitimación a recurrentes no licitadoras para la impugnación de los pliegos porque los motivos esgrimidos ponían de manifiesto que el pliego impugnado restringía sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadoras. En definitiva, las bases de la licitación establecidas en los pliegos impugnados les provocaban un perjuicio que pretendían remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones (v.g. Resolución 331/2018). No obstante, se ha negado legitimación a quienes no licitaron e impugnaron los pliegos con ocasión de un recurso contra un acto posterior como la adjudicación.

Igualmente, se ha negado legitimación a recurrentes cuando, pese a la estimación de sus pretensiones, no obtendrían la adjudicación a su favor por estar clasificadas sus ofertas en tercer lugar o inferior y solo ejercer un interés de ver satisfecha moralmente su pretensión, o a recurrentes que ejercían un mero interés en defensa de la legalidad, como ocurría en el supuesto analizado por la Resolución 324/2018 *«(...) la recurrente, al esgrimir este motivo, está actuando en defensa de la legalidad pero no ejerciendo un interés legítimo y ello, por cuanto no cuestiona la motivación esgrimida en el informe técnico de 6 de julio de 2018 con*

la pretensión de que se altere el resultado de la adjudicación a su favor, sino que se ciñe a denunciar una infracción de cuya estimación no derivaría ninguna ventaja para ella, siendo así que en materia contractual la posibilidad de interponer el recurso especial va ligada al interés legítimo en los términos del artículo 48 de la LCSP, sin que quepa el reconocimiento de una acción popular que habilite para intervenir en cualesquiera cuestiones sin más interés que el meramente abstracto en defensa de la legalidad».

Asimismo, otro supuesto interesante fue el tratado en la Resolución 338/2018, de 13 de diciembre, donde la recurrente era la entidad a través de la cual el órgano de contratación había venido prestando de forma directa los servicios del ciclo integral del agua de su término municipal.

En aquel caso, se analizaba si la entidad recurrente podía participar en la licitación y, por tanto, obtener de forma directa o indirecta la adjudicación del contrato. Así, se señalaba que, dada la condición de sociedad mercantil local, de capital íntegramente público, constituida por diversas entidades locales para la gestión directa de los servicios del ciclo integral del agua, entre las que se encontraba el órgano de contratación que licitaba el contrato, de permitirse que dicha empresa pudiera licitar a algún contrato en los que el órgano de contratación sea alguno de los entes locales accionistas, se estaría infringiendo el principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras pues evidentemente dicha empresa estaría en una clara situación de ventaja al ser el poder adjudicador convocante de la presente licitación, accionista de la empresa potencialmente licitadora.

Todo lo cual llevaba a concluir que la entidad recurrente carecía de legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación.

1.3. Contratos contra los que no cabe recurso

Como bien es sabido, la LCSP ha introducido importantes novedades en lo relativo al recurso especial en materia de contratación que se encuentra regulado en el Capítulo V del Título I del Libro primero y en concreto en los artículos 44 a 60 del texto legal.

El artículo 44 de la LCSP introduce modificaciones en su apartado primero en relación con los tipos de contratos cuyos actos y decisiones podrán ser objeto de impugnación.

Así, la LCSP, entre otras modificaciones introducidas en el ámbito objetivo del recurso especial, ha reducido los umbrales de acceso de modo que serán susceptibles del mismo los contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

El Tribunal ha inadmitido varios recursos especiales, por referirse a contratos no incluidos en el ámbito del recurso conforme al artículo 44.1 de la LCSP (por no alcanzar el umbral del recurso o por tratarse de un negocio excluido de la LCSP como la concesión demanial o la compra pública precomercial como contrato de investigación y desarrollo excluido de la LCSP y por ende, del recurso especial, supuesto este último abordado en las Resoluciones 352 a 354 de 2018).

A este respecto, en la Resolución 288/2018, de 16 de octubre, se analizó el supuesto de una licitación cuyo objeto era el contrato de un suministro cuyo valor estimado ascendía a 64.545,46 euros, concertado por una Administración Pública, y el recurso se dirigía contra el PPT, por lo tanto, al ser el contrato inferior a la cuantía mínima para poder recurrir, no cabía recurso especial en materia de contratación.

Otro supuesto curioso es el abordado en la Resolución 327/2018, de 22 de noviembre, donde el recurso se dirigía contra los pliegos de un contrato de suministro con valor estimado de 29.870 euros, pretendiendo la recurrente alcanzar el umbral de 100.000 euros previsto para el recurso especial acumulando a este importe el de sucesivos contratos menores previos –algunos celebrados por el órgano de contratación con la propia empresa recurrente.

La resolución inadmite el recurso al considerar que la recurrente invoca la existencia de contratos menores suscritos por ella con el órgano de contratación con la finalidad de poder acumular su importe al del nuevo contrato licitado por dicho órgano y así tener expedita la vía del recurso especial que, de otro modo, le estaría vedada por razón de la cuantía. Por tanto, estaba esgrimiendo, en realidad, un indebido fraccionamiento del objeto contractual producido con ocasión de aquellos suministros menores para conseguir el acceso al recurso, cuando ella misma había consentido realizar esos suministros menores y se había visto beneficiada con tal proceder.

En la resolución se aludía al aforismo latino «*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» –conforme al cual nadie puede alegar un incumplimiento de las normas en su propio beneficio– que, aun teniendo su origen en el Derecho civil, ha alcanzado reconocimiento legal en el artículo 115.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas conforme al cual «*Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado*».

1.4. Actos posteriores a la adjudicación

Asimismo, se han dictado resoluciones de inadmisión en los casos en que el acto no es susceptible de recurso especial independiente, sin perjuicio de su eventual impugnación en un recurso posterior contra la resolución de adjudicación. Tal es el caso de los informes

técnicos de valoración de las ofertas, el acto público de apertura de las proposiciones o el acto de solicitud de subsanación de documentación a las licitadoras.

En tal sentido, el apartado 3 del artículo 44 dispone que *«Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación»*.

En relación a los actos de trámite no cualificados ya se ha pronunciado el TARCJA en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 24/2018, de 31 de enero, donde se se señala que *«(...) en un procedimiento de licitación hay una resolución final –la adjudicación– que pone fin al mismo y para llegar a esta se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina “actos de trámite”, que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial –en términos legales, que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos–. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias de la recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite»*.

1.5. Plazo, forma y lugar de presentación del recurso

La disposición adicional decimoquinta de la LCSP en su apartado 1 establece que *«Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado»*.

En este sentido, se pronunciaba este Tribunal en su Resolución 167/2018, de 6 de junio, donde se inadmitió el recurso por resultar extemporáneo, toda vez que tanto la remisión del acuerdo de adjudicación como la publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, se habían producido de forma simultánea, debiéndose computar el plazo desde la remisión de la notificación.

Además, a efectos del cómputo del plazo, bajo la vigencia de la normativa anterior, cuando el recurso se presentase en un registro distinto al del órgano de contratación o al del órgano competente para resolver, había que estar a la fecha efectiva de entrada del recurso en cualquiera de estos dos últimos registros, salvo que el mismo día de presentación se enviara al órgano de contratación o al Tribunal copia en formato electrónico del recurso interpuesto (artículo 18 del RPER) en cuyo caso se estaría a esta última fecha para el cómputo del plazo. Por incumplimiento de esta previsión, se han inadmitido varios recursos presentados en plazo en una oficina de correos, pero con entrada fuera de plazo en el registro del Tribunal o en el del órgano de contratación.

El vigente artículo 51.3 de la LCSP dispone que *«El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.»*

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible».

El nuevo precepto legal regula con mayor amplitud los lugares de presentación del recurso siguiendo la pauta general de presentación de escritos que rige en la ley de procedimiento. No obstante, añade que si el recurso se presenta en un registro distinto al del órgano de contratación u órgano competente para resolver, deberá comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.

El término «comunicación inmediata» es un concepto indeterminado, pero apunta a que sea en el mismo día o al menos dentro del plazo de interposición del recurso por lo que cabría concluir que se mantiene el sistema recogido en el RPER, de modo que el recurso puede presentarse en cualquier registro pero será extemporáneo si, presentándose en plazo en un registro distinto al del órgano de contratación o al del órgano competente para resolver, no se comunica al Tribunal en el mismo día o antes de que finalice el plazo de interposición.

Esta interpretación parece la más acorde si se tiene en cuenta que ha desaparecido la obligación de anunciar el recurso al órgano de contratación, por lo que una entrada extemporánea del mismo en el registro del Tribunal sin la comunicación previa a que alude el artículo 51.3 de la LCSP podría suponer que, cuando el Tribunal diera traslado del recurso contra la adjudicación al órgano de contratación, el contrato se hubiera ya formalizado, perdiendo el recurso su eficacia.

De lo anterior, se deduce que la LCSP configura tres posibilidades a la hora de presentar el escrito de interposición del recurso: bien presentarlo en el registro del órgano de contratación, bien en el de este Tribunal, o bien en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, estableciendo además en el supuesto de que se utilice esta última opción una obligación: que la entidad recurrente debe comunicarlo al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.

En este sentido, en la Resolución 262/2018, de 21 de septiembre, se analizaba el supuesto en el que el recurso fue presentado en el Registro auxiliar de la Delegación del Gobierno en Granada con fecha 26 de julio de 2018, teniendo entrada finalmente en el Registro del órgano de contratación con fecha 30 de julio de 2018. En dicho supuesto, se daban dos circunstancias concurrentes: en primer lugar, que la entidad recurrente presentó el escrito del recurso en un registro distinto al de este Tribunal o al del órgano de contratación el 26 de julio de 2018, siendo así que la recepción del mismo en el Registro del órgano de contratación —el 30 de julio de 2018—, tuvo lugar fuera del plazo establecido. En segundo lugar, que la recurrente omitió su obligación de comunicar a este Tribunal la presentación del recurso en el citado registro, por lo que se concluía que el recurso se había presentado fuera del plazo establecido para ello.

1.6. Litispendencia

Como señala el artículo 44.7 de la LCSP la interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo por lo que podrían darse supuestos, como el analizado en la Resolución 282/2018, de 16 de octubre, donde se interponga recurso especial contra algunos actos y recurso contencioso-administrativo contra otros.

En aquel caso, la recurrente había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de un recurso anterior por la que se inadmitía el mismo, volviendo, en un segundo escrito de recurso, a reiterar exactamente los mismos argumentos del primero. En dicha Resolución se ponía de manifiesto que, aunque formalmente se estaban recurriendo actos distintos, en el contencioso-administrativo los pliegos y ahora la adjudicación, en realidad, en ambos recursos se cuestionaba materialmente lo mismo, la legalidad de los pliegos. En este sentido se argumentaba en la Resolución que una vez que el órgano jurisdiccional dictase sentencia solo podrían darse dos escenarios posibles: que se estimasen las pretensiones de la recurrente anulándose los pliegos y en consecuencia, todos los actos posteriores del procedimiento regidos por los mismos, incluida la adjudicación —en cuyo caso quedaría sin objeto el presente recurso—, o que se confirmase la resolución dictada por este Tribunal en cuyo caso se produciría el efecto de cosa juzgada. Lo que conllevaría, en cualquier caso, la inadmisión del recurso interpuesto.

Asimismo, ante la aparición de nuevas presuntas infracciones la recurrente debió proceder a la ampliación de su recurso contencioso-administrativo pues no resultaba procedente simultanear ambas vías de impugnación: el recurso especial en materia de contratación en vía administrativa y el contencioso-administrativo en vía judicial.

En este sentido, hay que tener en cuenta la propia naturaleza y el sentido del recurso especial en materia de contratación que se configura por mandato europeo como un instrumento eficaz y rápido y que requiere que no existan obstáculos que impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión y más cuando el acto recurrido es la adjudicación en el que se produce la suspensión automática del procedimiento de contratación, situación que no se podría prolongar hasta que se produjera un pronunciamiento judicial sobre la cuestión controvertida. Por todo lo anterior, al haber escogido la entidad recurrente la vía contencioso-administrativa y de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, procedía la inadmisión del recurso interpuesto.

1.7. Otros supuestos

Finalmente, hemos de señalar que el artículo 50.1 de la nueva Ley, establece que, con carácter general, no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si la recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

Al respecto, como se señala en la Resolución 276/2018, de 4 de octubre, dado su tenor literal, debe entenderse que el precepto pretende que se analice el caso concreto y las circunstancias concurrentes, especialmente para concretar si se está ante un supuesto de denuncia de vicios de nulidad de pleno derecho. En este sentido, se pronuncia el Tribunal. Por tanto, aunque se estuviese en el supuesto de que la oferta se hubiese presentado con carácter previo a la interposición del recurso, habrá de analizarse su pretensión para determinar si estamos o no ante un supuesto de nulidad de pleno derecho.

IX.2. Supuestos de impugnación de pliegos y anuncios de licitación

Durante el año 2018, han continuado planteándose cuestiones en las que el Tribunal tenía ya asentada una doctrina consolidada, aunque la casuística sigue siendo muy variada y ello exige analizar las singularidades de cada controversia (v.g. calificación del contrato en función de su objeto, suficiencia o no del precio del contrato para cubrir las prestaciones objeto del mismo, proporcionalidad de los criterios de solvencia, vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato y su adecuación al principio de igualdad de trato, entre otras), pero también se han suscitado cuestiones nuevas, fruto del cambio

normativo producido a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La exposición de doctrina de 2018 como consecuencia de recursos contra anuncios y pliegos de licitaciones públicas convocadas durante ese año puede efectuarse atendiendo a los bloques de materias que, a continuación, se indican.

2.1. Cuestiones de índole procesal

2.1.1. Ausencia de controversia actual

Esta cuestión se ha abordado por vez primera en la Resolución 42/2018, de 15 de febrero, donde el extremo controvertido se refería a si los pliegos impugnados y la nueva licitación determinaban que no pudieran cumplirse o ejecutarse contratos vigentes con el órgano de contratación que tenían el mismo objeto.

En la citada resolución se concluye que la controversia es inexistente en el momento en que se plantea, pues no cabe fundamentar la declaración de nulidad de la licitación en una situación futura con la finalidad de evitar el riesgo del potencial incumplimiento de una contratación vigente. La infracción denunciada no existe en el momento actual por lo que, si la finalidad del recurso especial es corregir decisiones de los poderes adjudicadores que infrinjan las normas contractuales, al no existir aún vulneración alguna de dicha normativa no cabe acudir a esta vía especial.

2.1.2. Requisitos que deben concurrir para estimar que un acto es reproducción de otro anterior definitivo y firme

La Resolución 117/2018, de 4 de mayo, ilustra sobre la doctrina del Tribunal en esta materia, concluyendo que en el supuesto analizado no se da la identidad necesaria para apreciar este supuesto de inadmisión del recurso.

La resolución alude a doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 151/2016, de 1 de julio) sobre el carácter irrecurrible de cláusulas de un pliego cuyo contenido es igual que el de las de un pliego anterior anulado del que, precisamente, trae causa el primero. Esta doctrina viene a establecer que si una recurrente pudo impugnar la cláusula inserta en el pliego de una primera convocatoria pero no lo hizo en aquel momento, no puede hacerlo una vez que el contenido del pliego en este aspecto controvertido ha quedado firme y aprovechando la publicación de unos nuevos pliegos.

Si fuese permitido este proceder de las partes interesadas, es decir, si se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en el pliego inicial y que vuelven a tener el mismo contenido en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel,

dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución.

Ahora bien, la Resolución 117/2018 señala que el examen de si concurre este supuesto de inadmisión del recurso, por tratarse los pliegos impugnados –en los particulares extremos combatidos– de actos que son reproducción de pliegos anteriores ya firmes y consentidos, no puede abordarse con carácter general, sino ante el análisis de cada una de las cláusulas de los nuevos pliegos objeto de impugnación, debiendo, a la hora de aplicar este criterio, prestar especial atención al hecho de que dichas cláusulas no hayan experimentado modificación alguna en cuanto a su redacción en los nuevos pliegos recurridos, pues cualquier alteración en el contenido de la nueva cláusula respecto a la anterior definitiva y firme impediría apreciar la inadmisión del recurso especial.

En el supuesto analizado, se trataba de determinar si un subcriterio de adjudicación de un pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) era o no reproducción parcial del establecido en un pliego anterior, cuyo examen fue abordado en una resolución previa del Tribunal que anuló el subcriterio solo en cuanto a la calificación de «adecuado» de la escala de puntuación establecida en el PCAP. En el subcriterio del nuevo pliego se había modificado la redacción de aquellos extremos anulados del anterior subcriterio, manteniéndose prácticamente igual el contenido en los restantes aspectos que este Tribunal consideró ajustados a derecho; no obstante, aun cuando los parámetros de ponderación de las proposiciones se mantenían idénticos en la nueva redacción, la escala de puntuación experimentaba ciertos cambios que no obedecían solamente a la ejecución de la resolución previa del Tribunal. En tal sentido, no solo se modificaban las puntuaciones de las calificaciones no afectadas por el anterior recurso, sino que se sustituían expresiones del anterior pliego como «*mejoras significativas*» o «*alguna mejora*» por «*ventajas muy significativas*» o «*alguna ventaja*», elementos todos ellos que llevaron al Tribunal a concluir que no estábamos «*strictu sensu*» ante un acto reproducción de otro anterior definitivo y firme, razón por la que se estimó que el nuevo subcriterio del pliego podía ser impugnado.

2.2. Objeto de los contratos

2.2.1. División en lotes del objeto del contrato

El artículo 99.3 de la LCSP incorpora el mandato del legislador europeo contenido en el artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE, por el cual la regla general ha de ser la de división del contrato en lotes, viniendo obligados los poderes adjudicadores a justificar su decisión de no dividir y ello, con el claro objetivo de favorecer la concurrencia de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública. Se invierte, pues, la regla general

en nuestra normativa contractual de unidad del objeto y motivación de su fraccionamiento, consagrada en el artículo 86 del derogado TRLCSP.

El artículo 46.1 de la Directiva, al recoger un mandato claro, preciso e incondicionado, gozó de efecto directo desde el 18 de abril de 2016, fecha en que venció el plazo de transposición de la Directiva 2014/24/UE, hasta el 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la nueva LCSP.

Así pues, desde el año 2016, el Tribunal viene interpretando que, siendo la regla general la división del objeto, los poderes adjudicadores habrán de justificar caso a caso las razones que puedan determinar la unidad del objeto en los casos en que este sea susceptible de fraccionamiento.

No obstante, si bien en un primer momento se estimaron recursos y anularon licitaciones por estimar que la motivación de la indivisión tenía que haberse incorporado al expediente o a los pliegos sin que el informe del órgano de contratación al recurso pudiese suplir aquella necesidad de motivación previa, este criterio se ha modulado con posterioridad en 2018.

Así, en la Resolución 162/2018, de 1 de junio, se analiza un supuesto en que el objeto del contrato era susceptible de división en dos lotes diferenciados, si bien existían causas de índole clínica y asistencial que desaconsejaban el fraccionamiento y justificaban razonablemente la unidad. No obstante, la motivación determinante de la unidad contractual no se expresaba por el órgano de contratación en los pliegos o en el expediente de contratación como establece el artículo 46 de la Directiva y el vigente artículo 99 de la LCSP, sino en el informe al recurso.

La citada resolución señalaba que *«En el caso analizado, una vez que consta amplia y razonadamente la motivación de la no división en el informe al recurso, el hecho de estimar que la ausencia de motivación en el expediente determina la anulación de la licitación solo produciría el efecto de que aquella se incorporase formalmente al mismo, pero ello no cambiaría la configuración del objeto efectuada por el órgano de contratación, ni ningún beneficio o ventaja reportaría a la recurrente cuya pretensión es la de fraccionamiento del suministro en dos lotes.*

Como antes hemos indicado, el artículo 46 de la Directiva persigue promover la participación de las PYMES en la licitación, pero una vez que el órgano ha justificado la unidad del objeto y su no división en lotes en el informe al recurso, la anulación de los pliegos para que tal justificación se incorpore al expediente en nada favorecería ya la concurrencia de las PYMES, puesto que la configuración del objeto del contrato seguiría siendo la misma, y en cambio, sí

se perjudicaría a aquellos licitadores que hubieran presentado oferta, toda vez que se verían obligados a concurrir de nuevo pese a no haberse producido cambio alguno en las bases de la licitación.

Es por ello que si bien hemos sostenido en alguna resolución anterior que la infracción formal del artículo 46 de la Directiva, en cuanto a la falta de motivación de la no división, determinaba la anulación de la licitación para que se justificara la no división en los nuevos pliegos o en el expediente, el criterio debe ser revisado a la vista de lo anteriormente expuesto, pues de nada serviría sacrificar el curso de la actual licitación por razones de índole meramente formal, cuando ya se conocen las razones que esgrimirá el órgano de contratación para justificar la no división y estas resultan adecuadas y suficientes».

En la resolución se exponía que otros órganos de resolución de recursos como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) habían modificado su criterio inicial en el mismo sentido, y se citaba su Resolución 349/2018, de 6 de abril, que pone el énfasis para el cambio de doctrina en la economía procedimental –al no resultar operativo anular los pliegos para que el órgano de contratación reitere en los nuevos los razonables motivos para la no división en lotes expresados en su informe– y en que nada obsta a que estas razones puedan incorporarse al expediente en un momento posterior a la publicación de los pliegos, pues la finalidad perseguida por la Directiva es que quede constancia de dichas razones en el expediente de contratación a los efectos de su control por las autoridades de contratación.

2.2.2. Recalificación del contrato en atención a su objeto

Esta cuestión sigue suscitando cierta litigiosidad aunque en menor medida que en años anteriores, siendo así que el Tribunal durante 2018 ha recalificado contratos previstos en los pliegos como de servicios e incluso concesiones demaniales, para concluir que se estaba en presencia de una concesión de servicios en atención al riesgo operacional transferido al contratista.

Sirva de ejemplo la Resolución 276/2018, de 4 de octubre, en la que se estimó que la concesión demanial para uso privativo de un inmueble destinado a tanatorio debía calificarse como concesión de servicios.

En primer lugar, se estimó que la actividad de gestión de un tanatorio tenía naturaleza contractual y no demanial al resultar predominante la posibilidad de prestar el servicio y no la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como de dominio público, y en segundo lugar, se analizó si se trataba de un contrato de servicios, o de una concesión de servicios. La resolución señalaba que *«lo que distingue a uno y otro no es la*

actividad que pueda ser objeto de la contratación, sino la traslación del riesgo de la explotación o “riesgo operacional” al adjudicatario; es decir, si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio en el sentido que definen los artículos 5 de la Directiva de concesiones y 14.4 y 15.2 de la LCSP», considerando que en el supuesto concreto el contrato revestía el carácter de concesión de servicios, toda vez que el contratista asumía:

1. Las potestades de organización de la explotación del servicio, sin perjuicio del lógico ejercicio de una cierta supervisión o control por parte del órgano de contratación.
2. El riesgo de demanda, dado que no estaba garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios solicitaran los servicios del tanatorio en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdidas.
3. Los gastos que derivasen de la explotación, siendo el único responsable de la conservación y mantenimiento de las instalaciones y de los eventuales daños que el funcionamiento del servicio pudiera originar a terceros.

2.3. Precio del contrato

El Tribunal ha efectuado varios pronunciamientos (v.g. Resoluciones 231/2018, de 30 de julio, 233/2018, de 2 de agosto y 271/2018, de 28 de septiembre) sobre este elemento esencial del contrato a la luz de la nueva regulación contenida en los artículos 100 y siguientes de la LCSP.

Las resoluciones citadas han señalado que para analizar la controversia se ha de partir de lo establecido en los artículos 100.2 *«En el momento de elaborarlo [el presupuesto base de licitación], los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia»* y 101.2 de la LCSP *«En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial (...).*

(...) En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior

se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación».

En la última de las resoluciones citadas se indicaba que para el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, los costes resultantes de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, debiendo dentro del presupuesto base de licitación consignarse de manera desglosada en el PCAP o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación y, para el supuesto de que el coste de los salarios de las personas empleadas para la ejecución del contrato formen parte del precio total del contrato –circunstancia que concurre en el supuesto examinado–, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Con base en lo anterior, el alegato del recurso fue estimado con la argumentación siguiente: «(...) *el órgano de contratación en su informe al recurso señala que en el anexo II del PPT se indica la categoría profesional y el género del personal subrogable; sin embargo, lo que se requiere, de conformidad con las exigencias recogidas en los preceptos transcritos de la LCSP y en las previsiones del PCAP, es que se relacionen las distintas categorías profesionales con desagregación de género, acompañadas del correspondiente coste salarial debidamente desglosado del personal necesario para ejecutar la prestación que se licita conforme a lo exigido en el PPT.*

Asimismo, no puede admitirse el alegato del órgano de contratación en el que manifiesta que los costes indirectos resultan muy complicados de calcular dado que cada empresa, con su propia estructura organizativa genera costes indirectos distintos (...), pues la exigencia de indicar en el PCAP –o en el documento regulador de la licitación– los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos, si los hubiere, es clara precisa incondicionada e indisponible para el órgano de contratación, que necesariamente ha de recogerlos en dicho pliego.

En definitiva, el problema se centra en la existencia de un desajuste del presupuesto base de licitación y, consecuentemente, del valor estimado del contrato que no se encuentran correctamente configurados conforme a lo anteriormente expuesto. Con ello se vulnera lo dispuesto en los artículos 100.2 de la LCSP, así como lo establecido en la cláusula 3 del PCAP, y se contraviene el principio de transparencia con grave perjuicio para las entidades licitadoras tanto en el momento de preparar y presentar sus ofertas, al no disponer de información necesaria para su adecuada formulación, como durante la ejecución del contrato, pues puede dar lugar a una inadecuada prestación del servicio que derive en la resolución del contrato».

2.4. Solvencia. Proporcionalidad

Es doctrina del Tribunal que en la elección de los requisitos de solvencia se han de conciliar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de no discriminación, con la necesidad de garantizar la buena marcha del contrato a través de adjudicatarias solventes.

La casuística analizada por el Tribunal ha sido muy diversa. En 2018 ha habido menos impugnaciones que en años anteriores por desproporción en los criterios de solvencia establecidos en los pliegos y los pocos pronunciamientos han sido en su mayoría desestimatorios de los recursos interpuestos.

Así, la Resolución 171/2018, de 8 de junio, se pronunció sobre la proporcionalidad del siguiente criterio de solvencia establecido en el PCAP: *«La solvencia económica y financiera se acreditará por el medio o los medios alternativos que se señalan a continuación:*

1. *Declaración relativa a la cifra anual de negocios de la persona licitadora o candidata que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año (...).*
2. *El patrimonio neto, según el balance correspondiente al último ejercicio económico, de las cuentas anuales aprobadas deberá superar el 20 por 100 del importe del contrato».*

La entidad recurrente alegaba que el criterio de selección era excesivo y que, siendo la actual adjudicataria, no podría acceder a la licitación al ser inferior el importe de facturación en el contrato vigente a la cuantía mínima de solvencia solicitada en el PCAP.

El Tribunal desestimó este alegato del recurso señalando que los criterios de solvencia económica y financiera impugnados se configuran como alternativos, siendo así que el primero de ellos referido a la cifra anual de negocios coincide exactamente en su redacción con el que, subsidiariamente y a falta de previsión en los pliegos, debe aplicarse a las licitaciones, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

Y respecto al otro criterio alternativo para la acreditación de la solvencia económica referido al patrimonio neto, el Tribunal estimó que su consideración de excesivo por parte de la recurrente no estaba justificada, ni podía sustentarse tal afirmación en que el importe de facturación del contrato vigente –del que es adjudicataria la propia recurrente– fuese inferior a la cuantía mínima de solvencia exigida en la licitación, puesto que el volumen de negocio o patrimonio neto de una empresa no tiene que quedar circunscrito a ingresos

o ganancias procedentes de las Administraciones Públicas u otras entidades contratantes, y mucho menos puede la recurrente hacer depender la validez y proporcionalidad del criterio de selección establecido en el PCAP de su particular situación de solvencia o de las condiciones económicas derivadas de la ejecución del contrato que actualmente tiene suscrito con el órgano de contratación.

2.5. Criterios de adjudicación

2.5.1. Criterios de arraigo territorial. Vulneración del principio de igualdad de trato

Los distintos tribunales de recursos contractuales, las juntas consultivas de contratación pública y la jurisprudencia nacional y europea se han pronunciado acerca de la prohibición de previsiones en los pliegos que pudieran impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial, siendo nulas tales previsiones.

Las controversias en relación a criterios de este tipo han sido frecuentes desde el inicio de la actividad del Tribunal y han seguido planteándose en 2018 (v.g. Resoluciones 7/2018, de 12 de enero, 18/2018, de 31 de enero, 34/2018, de 8 de febrero, 123 y 124 de 4 de mayo de 2018 y 221/2018, de 20 de julio, entre otras).

El objeto de litigio en la mayoría de los casos abordados por las resoluciones citadas era un subcriterio dentro de un criterio de adjudicación consistente en «el conocimiento de la realidad del servicio de ayuda a domicilio en el municipio».

El Tribunal señaló en estos casos que el conocimiento por las entidades licitadoras, a excepción de la anteriormente adjudicataria, de la realidad del servicio de ayuda a domicilio en el municipio no iba a ser otro que el facilitado por el órgano de contratación, puesto que aquellas entidades que no hayan prestado anteriormente el servicio objeto del contrato en el citado municipio difícilmente podrán conocer la realidad del servicio en el mismo.

Así pues, los recursos fueron estimados al concluir el Tribunal que el criterio de adjudicación era discriminatorio, situando en una clara posición de ventaja a la anterior entidad adjudicataria frente al resto de licitadoras.

2.5.2. Vinculación al objeto del contrato y carácter proporcionado

La vinculación al objeto de los criterios de adjudicación es un mandato legal antes recogido en el artículo 150.1 del TRLCSP y ahora en el artículo 145.5 de la LCSP, precepto este último que solo suprime el adverbio «directamente» que utilizaba el texto legal anterior para referirse a la vinculación del criterio.

La casuística planteada ha sido y es muy variada. Exponente de la doctrina del Tribunal en esta materia, durante 2018, es la Resolución 112/2018, de 25 de abril, que analizó si el criterio consistente en la cesión de uso de un armario automatizado de dispensación de medicamentos constituía un criterio directamente vinculado al objeto de un contrato de suministro de medicamentos (en el supuesto litigioso era de aplicación todavía el artículo 150 del TRLCSP).

El Tribunal señaló que, siendo el armario automatizado de dispensación un bien no consumible con enormes ventajas en el proceso de dispensación de los medicamentos, su utilidad no se extiende al proceso de entrega de dichos bienes por parte del contratista que es precisamente el objeto del contrato en cuestión.

Así pues, se indicaba que la mejora prevista en los pliegos no aportaba ninguna ventaja directa a los medicamentos concretos que se adquieren, es decir, no mejora su calidad o cualidades intrínsecas; tampoco favorecía la ejecución del contrato de suministro en cuanto a plazo o condiciones de entrega y ni siquiera se trataba de un elemento accesorio que potenciara las cualidades o propiedades de los medicamentos adquiridos. Es más, la resolución señalaba que la mejora descrita en los pliegos ni siquiera se circunscribía al proceso de dispensación de los concretos medicamentos objeto del contrato, pues cabía presumir que las ventajas que el armario automatizado había de reportar al proceso de dispensación eran predicables respecto de cualesquiera otros medicamentos distintos a los que se licitaban.

Es por ello que se concluía que no cabía sostener la vinculación directa al objeto del contrato de la mejora analizada. Asimismo, la resolución del Tribunal señalaba que esta cuestión no cambia en la nueva Ley 9/2017, de 8 de octubre, cuyo artículo 145 regula los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato. El nuevo precepto legal sigue previendo la vinculación de los criterios al objeto del contrato hasta el punto de que su apartado 6 dispone que *«Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:*

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;*
- b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».*

De este modo, la resolución señalaba que *«Queda claro a la luz de ambos textos legales –TRLCSP y Ley 9/2017, de 8 de octubre–, que el criterio se hallará vinculado al objeto con-*

tractual cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundaría en el hecho de que la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas, como sucede en el supuesto examinado donde la mejora afecta a la dispensación de medicamentos que es una actividad posterior y diferente al suministro de los mismos».

No obstante, en otros casos, el Tribunal sí ha considerado que existía la vinculación del criterio al objeto contractual, en contra del alegato de la entidad recurrente. Sirva de ejemplo el supuesto analizado por la Resolución 157/2018, de 1 de junio. El objeto del contrato era el suministro de gases medicinales e industriales para diversos centros sanitarios.

La entidad recurrente impugnaba el criterio de adjudicación de evaluación automática denominado «Horas de Formación (de 0 a 5 puntos)» cuyo tenor era el siguiente: *«Se valorará el número de horas de formación ofertadas a los profesionales de los centros vinculados. El cómputo de horas de cada curso ofertado será el resultado de multiplicar el número de horas de la actividad docente por el número de alumnos de la actividad. La actividad formativa a valorar deberá ser de un contenido directamente relacionado con el objeto del contrato.(...)».*

Alegaba que solo se valoraba el número de horas y no el plan de formación en sí, cuando la vinculación con el objeto del contrato está en el contenido del plan y no en el número de horas. Frente a tal manifestación, el órgano de contratación señalaba que el PPT detallaba el plan formativo a ofertar por las licitadoras y que el Anexo III del cuadro resumen del PCAP señalaba taxativamente que la oferta formativa debía estar relacionada con el objeto del contrato.

El Tribunal desestimó, pues, el alegato del recurso señalando que el criterio impugnado valoraba, en efecto, el número de horas de formación, pero partiendo de la premisa de que la actividad formativa estuviera relacionada con el objeto del contrato en los términos que se detallaban en el PPT. Por tanto, las horas de formación serían objeto de valoración siempre que el contenido de la actividad formativa estuviera vinculada al objeto del contrato, por lo que, cumpliéndose esta premisa básica, no resultaba inadecuado que la evaluación recayese en las horas de formación ofertadas.

2.5.3. Criterios de adjudicación genéricos e imprecisos

Esta materia ha originado mucha controversia en el Tribunal desde el inicio de su actividad hasta la actualidad. La Resolución 157/2018, de 1 de junio, resulta muy ilustrativa en cuanto recoge el criterio consolidado del Tribunal, que puede resumirse del modo siguiente:

- La objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre licitadoras que consagra el artículo 1 del TRLCSP exigen que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor contengan detalle de los aspectos sujetos a evaluación y de las pautas necesarias para su ponderación, toda vez que el margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado a través de aspectos y pautas previamente definidos.
- Los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por las licitadoras, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.
- El grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a las licitadoras efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que las licitadoras elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración.

Así, en el supuesto analizado por la Resolución 157/2018, el Tribunal estimó que los criterios sujetos a juicio de valor objeto de impugnación no cumplían los requisitos antes expuestos y no podían garantizar los principios de transparencia e igualdad de trato ni en el momento de elaborar las ofertas, ni a la hora de valorarlas. Decía así *«(...) los criterios en su redacción no añaden nada nuevo respecto a lo que el PCAP exige como documentación integrante de la oferta técnica. Por tanto, los licitadores no pueden conocer qué aspectos de esa documentación y/o información a incluir en el sobre 2 serán valorados, ni qué reglas o pautas de ponderación regirán para ese cometido.*

(...) Asimismo, en contra de lo que manifiesta el órgano de contratación, es en este momento de la licitación [recurso contra los pliegos] cuando procede impugnar los criterios sujetos a juicio de valor, toda vez que los mismos abocarían a una valoración posterior excesivamente discrecional y sin límites, que debe evitarse con la anulación de aquellos extremos del pliego que la permiten y propician».

2.5.4. Aspectos sociales como criterio de adjudicación

El artículo 145 de la LCSP admite que los criterios de adjudicación incluyan aspectos sociales siempre que estén vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 del propio artículo, es decir, que se refieran o integren prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Así, el precepto legal dispone que *«Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato»*.

La clave, pues, para que un criterio social de adjudicación se entienda válido es que resulte acreditada su vinculación al objeto del contrato, lo que ha determinado posiciones no siempre coincidentes en la doctrina de los tribunales, si bien el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía no se ha pronunciado durante el año 2018, en el marco de la nueva LCSP, sobre criterios sociales de adjudicación definidos en los pliegos.

2.6. Utilización del procedimiento negociado. Límites

El Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los límites en la utilización del procedimiento negociado, particularmente en aquellos casos en que los órganos de contratación han sostenido la concurrencia de circunstancias que determinan que el contrato solo pueda encomendarse a un empresario determinado.

Así, se ha venido señalando (v.g. Resoluciones 81/2017, de 27 de abril y 195/2017, de 2 de octubre) que el órgano de contratación ha de justificar y acreditar que es imposible promover la concurrencia porque objetivamente solo exista una empresa que pueda encargarse de la ejecución del contrato y que no concurrirá una razón técnica determinante de la exclusividad cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad fuera consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación, al exigirse en los pliegos unos requisitos técnicos que solo puede cumplir una empresa determinada.

En 2018, debe mencionarse por la singularidad del supuesto litigioso, la Resolución 295, de 18 de octubre, por la que se estimó parcialmente un recurso contra los pliegos de un contrato de prestación de servicios postales.

En la citada resolución se distinguía entre notificaciones administrativas de carácter tributario y las comunicaciones ordinarias. En el caso de las primeras, el Tribunal fundamentó su criterio con apoyo en dos preceptos legales: el artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre «*La actuación del operador designado gozará de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos, y sin perjuicio de la aplicación, a los distintos supuestos de notificación, de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

Las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común y se practicarán de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» y la Disposición adicional primera de la citada ley «*La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima [CORREOS] tiene la condición de operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal por un período de 15 años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, y en su virtud queda sujeto a las obligaciones de servicio público consistentes en la prestación de los servicios que se recogen en el título III, que deberá cumplir conforme a los principios, requisitos y condiciones que se establecen en esta Ley y en el plan a que se refiere el artículo 22».*

Con base en tal regulación, se concluyó que:

- CORREOS, como operador designado por el Estado, goza en su actuación de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales.
- La garantía de fehaciencia que, legalmente, solo es predicable de la actuación del operador postal designado justifica la utilización del procedimiento negociado al amparo de lo dispuesto en el artículo 168 a) 2º de la LCSP, concurriendo en CORREOS la nota de exclusividad en el carácter fehaciente de sus actuaciones que determina la inexistencia de alternativa o sustituto razonable en los términos del citado precepto.

No obstante, respecto al resto del objeto contractual distinto a las notificaciones administrativas, la Resolución 295/2018 señalaba que el actual marco legal persigue la liberalización del sector, sin que la posibilidad de adopción de medidas organizativas para asegurar la fehaciencia en las notificaciones administrativas pueda extenderse a la correspondencia

o comunicaciones ordinarias de las Administraciones Públicas. Respecto a estas, el Tribunal estimó que no quedaba justificada la elección del procedimiento negociado del artículo 168 a) 2º de la LCSP, y que no podía presumirse ni afirmarse a priori que CORREOS fuese el único operador capaz de prestar el servicio con las debidas garantías de calidad y tiempo de reparto, ni resultaba acreditada la inexistencia de competencia por razones técnicas, pudiendo existir «alternativas o sustitutos razonables» en la terminología utilizada por aquel precepto legal.

Así pues, respecto al servicio postal de correspondencia y comunicaciones ordinarias, el Tribunal concluía que:

- El hecho de que sea sobradamente conocida por el órgano de contratación la capacidad de la Sociedad Estatal para la prestación del servicio, no se traduce automáticamente en la inexistencia de otro operador postal que pueda llevarlo a cabo adecuadamente.
- Si el órgano de contratación quiere asegurar el buen fin del contrato, extremo totalmente comprensible, puede, sin excluir la concurrencia, exigir para el resto de operadores en un procedimiento abierto, además de las licencias o autorizaciones legalmente necesarias que precisen las actividades objeto del contrato, la acreditación por parte de aquellos de un sistema que permita salvaguardar las garantías de calidad, tiempo y constancia que se pretenden con la contratación del servicio.

2.7. Prescripciones técnicas: prohibición de restricciones injustificadas de la concurrencia

El Tribunal tiene una consolidada doctrina en esta materia (v.g. Resoluciones 295/2016, de 18 de noviembre y 203/2017, de 13 de octubre, entre otras muchas) en la que se ha puesto de manifiesto, como punto de partida, la importancia de definir con concreción las necesidades que satisface cada contrato, toda vez que una adecuada motivación de las mismas puede evitar o, al menos, reducir la litigiosidad, sobre todo en aquellos supuestos en que la descripción del objeto del contrato o sus especificaciones técnicas pueden conllevar una restricción de la concurrencia. La nueva LCSP establece la obligación de concretar y justificar adecuadamente la necesidad que cubre el contrato en los artículos 28 y 116, si bien el TRLCSP también contenía este mandato para las entidades contratantes.

En tal sentido, el Tribunal ha insistido en que debe conjugarse el respeto a los principios de igualdad y concurrencia con la satisfacción adecuada de las necesidades públicas, siendo la motivación de las mismas un elemento crucial para la salvaguarda de aquellos y de estas.

En el año 2018, se han seguido abordando impugnaciones de prescripciones técnicas por su supuesto carácter restrictivo. La Resolución 109/2018, de 25 de abril, es un exponente

de ello. En el supuesto analizado, la entidad recurrente impugnaba determinadas características técnicas de los bienes objeto de licitación, solicitando su eliminación de los pliegos y ello sobre la base de que tales exigencias técnicas restringían la concurrencia, llegando incluso a impedir la misma.

En tal caso, la resolución estimó que, si una concreta especificación técnica está suficientemente justificada por el órgano de contratación o por su personal técnico, resulta del todo imposible que el Tribunal pueda desvirtuar con argumentos jurídicos el razonamiento técnico que da cobertura a la especificación técnica de que se trate.

Finalmente, concluía la Resolución 109/2018 que la existencia de un número limitado de suministradores tampoco es argumento válido en todos los casos para apoyar una restricción de la libre competencia. El hecho de que un producto solo pueda ser proporcionado por una empresa no es constitutivo por sí solo de vulneración de la libre concurrencia, y se aludía a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99 (Concordia Bus Finland Oy Ab), referida a criterios de adjudicación pero cuyos principios generales pueden aplicarse al caso que nos ocupa, en la que se concluye que el hecho de que solo un número reducido de empresas pudiera cumplir uno de los criterios aplicados para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato.

2.8. Rectificación de errores en los pliegos

Sobre la rectificación de errores existe una consolidada doctrina acuñada por el Tribunal Supremo y expuesta en las Resoluciones del Tribunal. En este sentido, la Sentencia del Alto Tribunal de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\6001) señala que *«(...) es menester considerar que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por su exteriorización prima facie con su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias:*

- a) *Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;*
- b) *Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;*
- c) *Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;*
- d) *Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;*

- e) *Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);*
- f) *Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión; y*
- g) *Que se aplique con un hondo criterio restrictivo».*

Aplicando esta doctrina jurisprudencial a muchos supuestos examinados por el Tribunal, como es el de la Resolución 103/2018, de 20 de abril, se ha concluido que el error que se intentaba corregir excedía del concepto estricto de error material o de hecho.

Así, la rectificación analizada en la resolución citada suponía la introducción en la licitación de un nuevo medicamento no contemplado en los pliegos iniciales, estimando el Tribunal que tal supuesta rectificación producía una alteración fundamental en el sentido primitivo del acto, cuyo objeto y contenido se veía ampliado.

Por tanto, no se dio la razón al órgano de contratación en su afirmación de que el error del pliego consistía en una omisión involuntaria, puesto que la misma, involuntaria o no, en nada cambiaba la naturaleza de la corrección practicada en los pliegos, donde claramente se advertía una ampliación de los elementos técnicos del contrato –en terminología del PPT–, que distaba mucho de ser un error patente y claro.

Además, la rectificación operada en el PPT no se había publicado más que en el perfil de contratante obviándose los otros dos medios obligatorios de publicidad conforme al artículo 142 del TRLCSP (DOUE y BOE) y solo se había ampliado el plazo para presentar ofertas, sin preverse un nuevo plazo, a lo que se unía el dato de que si alguna licitadora había presentado oferta a la fecha de publicación de la resolución de rectificación impugnada, tampoco constaba que se le hubiera ofrecido la posibilidad de retirar su proposición a la vista de la modificación operada.

Por tanto, el Tribunal declaró la nulidad de la resolución sobre rectificación de errores materiales, al estimar que la misma se había llevado a cabo con infracción de los principios básicos de la contratación pública: el de publicidad al no haberse exteriorizado más que en el perfil, el de concurrencia en la medida que potenciales licitadoras podían desconocer su contenido y no haber presentado oferta como consecuencia de la ausencia de aquella

publicidad preceptiva y el de igualdad de trato pues unas licitadoras habrían dispuesto de más plazo que otras para la preparación de sus ofertas, toda vez que, tras la modificación operada, el plazo solo era ampliado pero no se reiniciaba.

Por otro lado, la Resolución 345/2018, de 11 de diciembre, abordaba un supuesto en que se había publicado una modificación de los criterios de adjudicación del pliego, sin que constara la previa retroacción del expediente para que, tras los trámites oportunos, la modificación fuese aprobada por el órgano de contratación.

La resolución señalaba que no se trataba de una mera rectificación de errores materiales que no supone alteración del pliego, sino de una modificación sustantiva del mismo que exige su aprobación por el órgano de contratación y una nueva convocatoria de la licitación.

IX.3. Supuestos de impugnación de actos de trámite cualificados

Respecto de los actos de trámite cualificados, el artículo 44.2.b) de la nueva LCSP dispone que podrán ser objeto del recurso los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de entidades candidatas o licitadoras, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las que sean excluidas por resultar anormalmente bajas.

En este sentido, si bien la exclusión de las entidades licitadoras así como de sus ofertas es el acto de trámite cualificado por excelencia, por ser indudablemente el que más acontece en el procedimiento de contratación y el más perjudicial para cualquier entidad licitadora, la nueva Ley de contratos ha introducido un nuevo acto de trámite cualificado, como susceptible de recurso especial en materia de contratación que no existía en la normativa anterior, tal es el caso de la admisión de las entidades licitadoras o de sus ofertas, que será abordada en este apartado de la memoria tras el análisis de las exclusiones.

3.1. Exclusiones de las entidades candidatas o licitadoras o de sus ofertas

A continuación se va a exponer con respecto a las exclusiones, la doctrina acuñada en años anteriores, pues estas siguen representando un porcentaje significativo de impugnaciones a pesar de que en muchos casos se trata de cuestiones que están bien reguladas en los pliegos y/o han sido tratadas con profusión por los distintos tribunales de recursos, así como determinados casos más novedosos que pudiesen despertar un mayor interés, tratando de

recoger supuestos de aplicación en la actualidad con el nuevo marco legal, aun cuando las referencias legales contenidas en las resoluciones que se citen puedan serlo al TRLCSP.

3.1.1. Exclusiones relacionadas con la presentación de la documentación

En el año 2018 ha habido escasas resoluciones que han abordado las cuestiones relacionadas con las exclusiones relativas a la presentación de la documentación. En este sentido, cabe destacar que no ha habido impugnaciones relativas a exclusiones por la presentación de la documentación de la proposición en un registro no previsto en el anuncio de la licitación, que tuvieron una alta incidencia en los años anteriores, principalmente en el ejercicio 2017.

Es de destacar el caso analizado en la Resolución 270/2018, en la que de conformidad con el anuncio y los pliegos, la presentación de la oferta debía hacerse de forma electrónica a través de los servicios de licitación electrónica de la Plataforma de Contratación del Estado. Sin embargo, la recurrente esgrimía que la presentación extemporánea de su proposición fue debido a problemas técnicos de la plataforma a través de la cual debía presentarse la documentación. En este sentido, el Tribunal desestimó la pretensión al no considerar acreditado por la recurrente que la falta de presentación de su oferta fuese debido a un fallo de la citada Plataforma, por cuanto la empresa no aportó prueba alguna que permitiera determinar si la imposibilidad técnica habría sido imputable a dicha plataforma o al equipo de la propia recurrente, constando asimismo acreditado en el expediente que a lo largo del último día del plazo varias entidades licitadoras presentaron su oferta entre la franja de las 16:00 a las 20:00 horas, cuando supuestamente se habría producido el mal funcionamiento de la plataforma.

En la Resolución 286/2018, la recurrente fue excluida de la licitación al no constar ninguna firma en el sobre 1, de documentación acreditativa de los requisitos previos, aplicando la mesa para acordar la exclusión lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares que disponía que en aquellos casos en que el contrato se adjudique mediante procedimiento abierto, las entidades licitadoras deberán presentar tres sobres, firmados y cerrados, de forma que se garantizara el secreto de su contenido. Al respecto, la mesa de contratación indicaba que, pese a ser un defecto de forma, esta omisión afectaba a las garantías del procedimiento, en concreto al secreto y la invariabilidad de las proposiciones presentadas por la licitadora interesada, y en consecuencia debía declararse la inadmisión de la misma.

En este sentido, este Tribunal, puso de manifiesto que la ausencia de firma autógrafa por la licitadora o su representante en el exterior del sobre, constando en el mismo los datos necesarios para identificar a la entidad recurrente y el expediente de contratación al que

esta licitaba –acreditado este extremo con la documentación que obraba en el expediente remitido– no debería haber supuesto su exclusión de forma automática, sino que por el contrario se trataba de un defecto formal subsanable, y ello toda vez que su subsanación no supone en ningún caso alteración de la documentación contenida en el mismo, ni afecta a la salvaguarda del secreto de las proposiciones.

Por último, en la Resolución 258/2018, relativa a un servicio de asistencia técnica a la dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud durante la ejecución de determinada obra, la recurrente fue excluida de la licitación al haber participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato. En concreto, al haber elaborado el proyecto de obras.

En este sentido, el Tribunal estimó el recurso disponiendo que la redacción del proyecto de obras es un documento preparatorio de dicho tipo de contrato, pero en sentido estricto no lo es de un contrato de servicios de asistencia técnica a la dirección facultativa. Al respecto, indicó que la exclusión de la entidad licitadora no puede ser automática, debiendo darse trámite de subsanación para que pueda justificar que su participación en la elaboración de un documento que pudiese ser preparatorio no restringe la concurrencia ni le dispensa un trato privilegiado respecto al resto de entidades licitadoras.

3.1.2. Exclusiones relacionadas con la capacidad del empresario

En las exclusiones por cuestiones relacionadas con la capacidad del empresario, es de destacar las Resoluciones de 2018, números 75 y 335, en las que se plantea una cuestión relacionada con el objeto social de la empresa y del contrato.

En ambas resoluciones, las entidades ahora recurrentes fueron excluidas porque su objeto social no era el definido en el pliego de cláusulas administrativas particulares ni guardaba relación con lo previsto en el de prescripciones técnicas.

En ambos casos, este Tribunal estimó las pretensiones de las recurrentes al entender que quedaba incluido en el objeto social de dichas empresas las prestaciones objeto de contratación. En este sentido, en ambas resoluciones se puso de manifiesto que la relación entre el objeto social y el de la contratación que se licita ha de ser entendida en sentido amplio, sin que se deba exigir ni la coincidencia literal, ni la enumeración exhaustiva de todas las actividades que se contratan.

En las Resoluciones 35, 62 y 102, todas de 2018, las empresas recurrentes, tras el trámite de subsanación, fueron excluidas del procedimiento de licitación por no aportar en plazo en el primer caso poder de representación del firmante de la proposición, en el segundo

caso la copia compulsada del documento nacional de identidad de la persona con poder de representación, y en el último caso por no aportar una determinada autorización administrativa.

El Tribunal, en las tres resoluciones, desestimó las pretensiones de las recurrentes al entender que el principio de igualdad de trato imposibilita modificar a favor de una entidad licitadora los requisitos establecidos para todas ellas.

Por último, es interesante destacar la Resolución 32/2018, en la que entre otras cuestiones se abordó la capacidad de obrar de los empresarios no españoles que sean nacionales de Estados miembros de la Unión Europea. En este sentido, se cuestionaba el que la recurrente no había acreditado el cargo de administrador del firmante de la declaración responsable sobre capacidad de obrar y no estar incurso en prohibición de contratar.

Al respecto, el Tribunal puso de manifiesto que habrá que estar a la legislación del Estado donde esté establecida la entidad recurrente para determinar el régimen jurídico de aplicación en esta materia y sobre todo, a los estatutos de la persona jurídica licitadora para comprobar cuál es el órgano que tiene conferida la dirección o representación de la empresa, sin que necesariamente tengan que coincidir las denominaciones de los cargos conforme a aquella legislación extranjera con las previstas en nuestro ordenamiento interno. En este sentido, lo relevante no será tanto la denominación de un puesto o cargo, sino las funciones que tiene atribuidas en orden a dilucidar si se trata o no del órgano de representación y administración de la empresa.

3.1.3. Exclusiones relacionadas con la solvencia de las empresas licitadoras

Los supuestos en los que las empresas son excluidas del procedimiento de licitación por no acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional son significativos. Sirva como ejemplo de los supuestos acontecidos en este año, los analizados en las resoluciones números 9, 119, 120, 121, y 214.

En concreto, en las Resoluciones 119, 120 y 121, se cuestionaba la acreditación de la solvencia económica y financiera a través de las cuentas anuales depositadas en el registro mercantil. En este sentido, el Tribunal entendió que respecto a la acreditación de dicha solvencia, la documentación aportada era adecuada a lo exigido en los pliegos.

Supuestos similares al examinado, en los que se discutía la acreditación de la solvencia económica y financiera con las cuentas anuales depositadas, se dieron en los años anteriores (v.g. Resoluciones 7/2017 y 262 y 305 de 2016).

3.1.4. Exclusiones por deficiencias en la subsanación de la documentación acreditativa de los requisitos previos

En el año 2018, al igual que en años anteriores, ha habido diversas resoluciones que han abordado las cuestiones relacionadas con las exclusiones por deficiencias en la subsanación de la documentación administrativa de los requisitos previos.

Cabe destacar las relativas a exclusiones por no subsanar en el plazo concedido para ello, al haberse presentado la documentación en el registro establecido en el requerimiento bien directamente, a través de correos, de una empresa de mensajería o de otro registro, después de la finalización del plazo (Resoluciones de 2018 números 21, 91 y 111). Asimismo, se dieron supuestos similares en el año 2017 (Resoluciones 13 y 111) y en el 2016 (Resoluciones 306 y 309).

En todos los casos el Tribunal afirmó que el principio de igualdad de trato imposibilita modificar a favor de una entidad licitadora aquellos plazos establecidos para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

En las Resoluciones de 2018, números 218 y 257, las entidades recurrentes en sus escritos de recurso solicitaron que se les tuviera en cuenta con la interposición del mismo determinada información o documentación que no pudieron aportar por diferentes motivos en el procedimiento de licitación.

En estos casos, el Tribunal desestimó ambos escritos de impugnación señalando que el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP.

También cabe destacar los supuestos en los que, tras la exclusión de una entidad licitadora por no aportar en plazo la documentación exigida después del trámite de subsanación (Resoluciones de 2018, números 260 y 301), el Tribunal ha entendido que por razones de seguridad jurídica la mesa de contratación ha de admitir y calificar únicamente la suficiencia de los documentos presentados por las empresas licitadoras dentro del plazo concedido para ello, sin que proceda conceder un nuevo trámite de subsanación, y ello debido a que el trámite previsto en el artículo 82 del TRLCSP, debe ser empleado cuando proceda aclarar algún extremo sobre la documentación aportada acreditando el cumplimiento de un requisito determinado y no cuando con la documentación presentada no se

acredita dicho cumplimiento, quedando por lo tanto dicho precepto reservado para casos muy concretos y debiendo ser interpretado de forma restrictiva, al objeto de no vulnerar el principio de igualdad de trato.

En definitiva, dado que las recurrentes pudieron presentar en el plazo de subsanación concedido la documentación que ahora pretenden que se admita en sus alegaciones, las mismas debieron haber observado la diligencia debida desde el principio y no cuando la mesa les comunica su exclusión, no estando previsto un segundo plazo de subsanación para paliar esa falta de diligencia.

Asimismo, es de destacar un supuesto en el que el Tribunal entendió que era de aplicación el trámite previsto en el citado artículo 82 del TRLCSP (Resolución 175/2018). En la misma, la recurrente fue excluida al no haber acreditado la vigencia del plan de igualdad que se exigía en los pliegos rectores de la licitación.

Por su parte, el Tribunal estimó el recurso al considerar que la mesa de contratación hubo de aplicar el principio de proporcionalidad, en virtud del cual los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiendo entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos, debiendo la mesa conforme a lo establecido en el artículo 82 del TRLCSP, haber solicitado aclaraciones sobre la vigencia del plan de igualdad para comprobar si el mismo se encontraba prorrogado.

Esta opción hubiera sido más acorde con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo conforme a la cual debe evitarse la exclusión de las licitadoras por simples defectos formales fácilmente subsanables (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en casación para unificación de doctrina. Recurso 265/2003), máxime cuando solo se trataba de aclarar un extremo en la documentación presentada sin infracción alguna del principio de igualdad de trato, que en modo alguno hubiera sido equiparable a una segunda subsanación, proscrita por nuestra legislación contractual y por la doctrina de los órganos de recursos contractuales.

Por último, es necesario hacer mención a los supuestos en los que el Tribunal ha entendido que se ha excluido a empresas licitadoras indebidamente al no haberse concretado la documentación que se debía de subsanar conforme al artículo 81.2 del RGLCAP o el requerimiento ser incompleto (Resolución 252/2018), anulando el acto impugnado y acordando que por la mesa de contratación se conceda plazo de subsanación, previo requerimiento

de los concretos defectos u omisiones subsanables, antes de proceder a la exclusión. También, se dieron supuestos similares en el año 2017 (Resolución 65) y en el 2016 (Resoluciones 99 y 226).

3.1.5. Exclusiones por violación del secreto de las ofertas y/o de las garantía de objetividad e imparcialidad

Las exclusiones por violación del secreto de las ofertas y/o de las garantía de objetividad e imparcialidad son generalmente supuestos en los que las entidades licitadoras han presentado en un determinado sobre documentación conteniendo información que debía de figurar en otro sobre que habría de abrirse en un momento procedimental posterior, adelantando información o referencia del contenido de la oferta.

Pese a ser una causa de exclusión que ha sido abordada con profusión por este Tribunal, y recogida en las todas las memorias de este Órgano, todos los años se repiten casos parecidos (entre otras, Resoluciones 74 y 228 de 2017), por lo que sería recomendable que los pliegos fuesen previsores y advirtiesen de las consecuencias de estas prácticas.

En el presente año, la incidencia de este tipo de exclusiones ha sido realmente alarmante (Resoluciones de 2018, números 51, 76, 81, 82, 149, 177, 285 y 343). Los supuestos que mayor incidencia presentan son aquellos en los que la exclusión se origina por incorporar documentación, información o referencia del sobre de documentación justificativa de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática en el sobre de los evaluables mediante un juicio de valor (Resoluciones 51, 76, 82, 149, 177 y 285). Por el contrario, solo ha habido un supuesto en el que el motivo de la exclusión es la incorporación de documentación, información o referencia del sobre de documentación justificativa de los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor en el sobre de documentación acreditativa de los requisitos previos (Resolución 343/2018).

Por último, por su singularidad, merece ser destacado el supuesto analizado en la Resolución 81/2018. En la misma, la recurrente fue excluida por no haber presentado la documentación acreditativa de los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor en sobre cerrado, como sí se encontraba la relativa a la acreditación de los requisitos previos y la evaluable de forma automática.

Con respecto a ello, el Tribunal señaló que se había vulnerado por la recurrente el secreto de la oferta, al no haber acreditado la presentación en sobre cerrado de parte del contenido de la misma y haber propiciado con ello su conocimiento en un momento anterior al señalado legalmente para su apertura.

3.1.6. Exclusiones por incumplimiento de determinadas exigencias contenidas en los pliegos

Merece ser destacado que las exclusiones por incumplimiento de determinadas exigencias contenidas en los pliegos representan el mayor porcentaje de recursos respecto de los actos de trámite cualificado. Entre ellos, los relativos a incumplimientos de ciertas exigencias previstas en el pliego de prescripciones técnicas (Resoluciones 19, 20, 26, 28, 29, 54, 164, 174, 223, 244, 226, 247, 250 y 251), fueron muy superiores a los relativos al de cláusulas administrativas particulares (Resoluciones 12, 170, 184, 206 y 322).

En general, en la materia que se examina, es doctrina reiterada del Tribunal que solo procede la exclusión de la proposición presentada cuando el incumplimiento sea claro, expreso y deducible de la oferta, de modo que no quepa duda alguna que la misma es incongruente o se opone abiertamente a las exigencias contenidas en los pliegos.

Asimismo, el Tribunal ha señalado que el incumplimiento de los requisitos exigidos para licitar no admite graduación en cuanto al número de ellos; el hecho de que una empresa licitadora incumpla una exigencia de los pliegos es motivo suficiente para la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación, no siendo necesario que se produzcan dos, tres o más incumplimientos.

Por último, ha de destacarse que también el Tribunal ha aclarado en determinados supuestos, en los que se alegan incumplimientos de determinadas exigencias que ha de cumplir la entidad contratista, que ciertos incumplimientos alegados por las entidades recurrentes no son requisitos mínimos necesarios para poder participar en la licitación, sino obligaciones que asume la entidad adjudicataria, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio, sino que deben ser verificados en la fase de ejecución del contrato sin que sea razonable adivinar ni presumir que la entidad adjudicataria, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente, vaya a incumplir dichos compromisos, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos.

3.1.7. Exclusiones por no superar un umbral mínimo establecido en los criterios de adjudicación para continuar en el procedimiento de licitación.

En el año 2018, las exclusiones por no superar el umbral mínimo establecido en los criterios de adjudicación para continuar en el procedimiento de contratación no han sido especialmente significativas, habiendo sido desestimados los recursos interpuestos contra aquellas (Resoluciones 49, 108 y 227).

Respecto a esta materia, destacar que el Tribunal en su Resolución 328/2018, en cuanto al establecimiento de umbrales mínimos de puntuación, citó la reciente Sentencia, de 20 de septiembre de 2018, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-546/16 *Monte, S.L.*,

relativa a una cuestión prejudicial suscitada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que confirma que el TRLCSP no infringía el Derecho europeo –en cuanto al establecimiento de umbrales mínimos de puntuación– teniendo en cuenta lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

En este sentido, el segundo párrafo del artículo 146.3 de la nueva LCSP no solo ha confirmado la posibilidad de acudir a esta práctica, sino que introduce como novedad con respecto a la anterior norma de aplicación la necesidad de asignar un porcentaje mínimo si se opta por establecer un umbral con los ahora denominados criterios cualitativos.

3.1.8. Exclusiones por no justificar la viabilidad de la oferta, inicialmente, incurra en baja anormal o desproporcionada

En el año 2018, los recursos relacionados directa o indirectamente con las bajas anormales o desproporcionadas han representado una alta litigiosidad, aunque con una incidencia menor que en 2017.

En este sentido, es de destacar que el Tribunal ha entendido con respecto a la motivación que ha de contenerse en el informe técnico sobre viabilidad de la oferta para su aceptación o rechazo, principal causa de conflicto, con base en el artículo 152 del TRLCSP, que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que no se justifica adecuadamente la oferta, inicialmente incurra en baja anormal o desproporcionada, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la misma, en los que no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación.

Sin embargo, en esta cuestión que se describe, la regulación de la nueva LCSP –artículo 149– difiere en ciertos aspectos con la normativa anterior, por lo que habrá de estarse a su contenido en lo relativo a las ofertas anormalmente bajas, cuestiones que al no haber sido objeto de impugnación en el año 2018 no han sido analizadas aún por este Tribunal.

3.1.9. Exclusiones relacionadas con el requerimiento de documentación previa a la adjudicación

En el año 2018 la incidencia de este tipo de supuestos ha sido más bien escasa (Resoluciones 87, 279 y 309).

En la Resolución 279/2018 se recurre la actuación del órgano de contratación que entendió que la recurrente retiraba su oferta, al no haber cumplimentado adecuadamente el requerimiento en plazo –no aportó el depósito de la garantía definitiva.

Por su parte, el Tribunal señaló que conforme a determinadas resoluciones venía sosteniendo que el requisito de aportar la garantía definitiva ha de entenderse cumplido no solo con la constitución del aval sino además con el depósito del mismo, no siendo por tanto subsanable la falta del depósito. Sin embargo, indicó que dicha doctrina debía ser reconsiderada.

En este sentido, dispuso que con base en los artículos 151.2 y 96.1.b) del TRLCSP, la garantía mediante aval requiere dos actuaciones sucesivas: una, sustantiva y fundamental, de constitución de la garantía, consistente en la prestación y suscripción del aval por alguna persona de la entidad financiera con poder bastante para otorgarlo, y otra, formal, de justificación ante el órgano de contratación de la constitución de dicha garantía y de su depósito en la Caja General de Depósitos o en el establecimiento de la Administración competente para ello.

Así las cosas, el Tribunal tras una extensa argumentación, concluyó que la garantía definitiva mediante aval queda constituida con el consentimiento o declaración de voluntad de la entidad financiera garante formalizado con anterioridad al vencimiento del plazo establecido legalmente para ello, es decir, el requisito se cumple con la acreditación de la existencia de la garantía, mientras que la falta de depósito debe considerarse un defecto formal subsanable, pues dicho depósito es un acto de constatación de una situación ya existente.

Asimismo, en la Resolución 309/2018, ante un supuesto similar, al considerar el órgano de contratación que retiraba su proposición la entidad licitadora que presentaba la oferta económicamente más ventajosa, por no aportar en plazo la documentación justificativa de hallarse al corriente con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Tribunal, siguiendo con el criterio marcado en la resolución anterior, consideró dicho defecto como subsanable.

En este sentido, el Tribunal dispuso que la actuación de la entidad recurrente, al haber presentado el resto de la documentación exigida así como una certificación negativa de deudas tributarias con la Comunidad Autónoma donde residía su domicilio social, evidenciaba su deseo de no retirar su oferta y de resultar adjudicataria de los lotes para los que fue propuesta, por lo que en el supuesto examinado no procedía acordar su exclusión de forma automática, sin concederle previamente la posibilidad de subsanar la documentación aportada.

3.2. Admisiones de las entidades candidatas o licitadoras o de sus ofertas

Como se ha expuesto anteriormente, la nueva Ley de contratos ha introducido un nuevo acto de trámite cualificado, como susceptible de recurso especial en materia de contratación que no existía en la normativa anterior, tal es el caso de las admisiones de las enti-

dades licitadoras o de sus ofertas. En este sentido, en el año 2018, merecen destacarse las Resoluciones números 280 y 298.

En concreto en la segunda de ellas, este Tribunal ha dispuesto que los actos de trámite dictados durante la tramitación del procedimiento de adjudicación solo podrán ser impugnados de manera autónoma e independiente cuando concurren los requisitos previstos en el citado artículo 44.2 b) de la LCSP, por lo que se ha de determinar en el supuesto examinado si la propuesta de adjudicación acordada por la mesa de contratación es susceptible de recurso especial conforme al precepto señalado o solo puede ser impugnada con ocasión del recurso interpuesto contra la adjudicación.

En este sentido, aun cuando el recurso formalmente se dirige contra la propuesta de adjudicación adoptada por la mesa de contratación, el 27 de junio de 2018, sustantivamente está impugnando, en la medida en que en la misma se constata el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el PPT, la admisión de la oferta presentada por la entidad propuesta como adjudicataria del contrato, así como la del resto de entidades licitadoras admitidas, acto que tácita o implícitamente se desprende del contenido de aquel acuerdo, de 27 de junio de 2018, de la mesa de contratación.

En efecto, la admisión de la oferta propuesta como adjudicataria, así como la del resto de entidades licitadoras admitidas, aun cuando no constituye un acto expreso dictado en el procedimiento de adjudicación, supone un acto tácito o implícito derivado del acuerdo expreso adoptado por la mesa de contratación, toda vez que la declaración de voluntad de dicho órgano en cuanto a la decisión de admitir aquellas ofertas se manifiesta de modo inequívoco a través del contenido del acuerdo formalmente impugnado en el que se afirma que la propuesta como adjudicataria y el resto de licitadoras a la vista de la documentación presentada acreditan que los equipos que han ofertado cumplen los requisitos mínimos exigidos por el PPT.

El Tribunal puntualizó que la procedencia del recurso especial contra el acto que se examinaba, habría de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigía un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso. En el mismo sentido expuesto, se vienen pronunciando otros Tribunales de Recursos Contractuales como el de la Comunidad de Madrid, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), que en su Sentencia, de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15 (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), dictada en la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, señala que «(...) *incumbe al*

Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición de dicho Derecho (...)».

En el supuesto que se enjuiciaba, conforme a lo expuesto, el interés legítimo que ostentaba la recurrente, aun estando excluida su proposición, resultaba de la impugnación de las tres únicas ofertas admitidas en esta fase del procedimiento, ya que la eventual estimación del recurso determinaría, aunque de forma indirecta –*ex* artículo 48 de la LCSP–, que la misma pudiera acceder a la adjudicación si finalmente las tres ofertas resultasen excluidas y se convocase una nueva licitación, tras declarar desierto el actual procedimiento de adjudicación.

Por tanto, el Tribunal concluyó que la propuesta de adjudicación, al contener un acto tácito o implícito de admisión de las tres únicas ofertas admitidas en esta fase del procedimiento, en tanto acto de trámite cualificado es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartado 2.b) de la LCSP.

IX. 4. Supuestos de impugnación de la adjudicación

4.1. Cuestiones relacionadas con el procedimiento de recurso, siendo el acto recurrido la adjudicación

4.1.1. Cómputo del plazo para la interposición del recurso cuando la notificación de la adjudicación es defectuosa

Se han repetido en los últimos años los supuestos en los que la notificación de la adjudicación –así como de otros actos impugnados– adolecía de algún defecto, ya sea la falta del llamado «pie de recurso» o que el mismo resulte erróneo, así como la ausencia de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 40.2 de la ley 39/2015 para cursar una notificación, lo que ha provocado que la misma se haya considerado defectuosa con las consecuencias establecidas en el artículo 40.3 de la mencionada Ley 39/2015 a efectos del cómputo del plazo para la interposición del recurso especial.

Así, el artículo 40.2 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece que «*Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto*

haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente».

En el concreto supuesto analizado en la Resolución 25/2018, de 31 de enero, el órgano de contratación solicita la inadmisión del recurso por considerar que el mismo se ha presentado fuera del plazo establecido.

El Tribunal comprueba en la documentación del expediente que la notificación de la resolución de adjudicación a la recurrente contiene un pie de recurso erróneo por lo que la misma se consideró, en consecuencia, una notificación defectuosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015.

En estos casos resulta que, en aplicación de lo dispuesto en el mencionado artículo 40.3 de la Ley 39/2015, solo puede quedar convalidada la notificación defectuosa desde la fecha en que la parte interesada realice actos que pongan de manifiesto el conocimiento del contenido y alcance del acto o resolución objeto de notificación, o que interponga el recurso procedente pues, como señala el Tribunal Constitucional (Sentencia 158/2000, de 12 de junio), lo que no es admisible es que resulte un perjuicio para el particular que no quedó informado de la vía a seguir frente a una resolución que estimaba gravosa como consecuencia de la falta de diligencia o del error de la Administración al realizar una notificación insuficiente o sin cumplir los estrictos requisitos que el artículo 40.2 de la Ley 39/2015 recoge.

Considerando lo anteriormente manifestado, el Tribunal en aquel supuesto concluye que el recurso no era extemporáneo. Con lo anterior, se quiere significar la importancia de que los actos contengan todos los elementos necesarios para que sean considerados válidos y eficaces, ya que continúan siendo numerosas las notificaciones que siguen sin recoger si ponen fin o no a la vía administrativa, el recurso que procede contra los actos que contienen y el plazo y el órgano ante el que se deben presentar los mismos.

4.1.2. Trámite de vista del expediente y confidencialidad de las ofertas. (Resoluciones 212/2018, 269/2018, 305/2018 y 333/2018)

Durante el año 2018, como en años anteriores, han sido recurrentes las controversias centradas en cuestiones relacionadas con el trámite de vista del expediente y la confidencialidad de las ofertas.

4.1.2.1. Acceso por la recurrente a parte de la oferta de otras licitadoras declarada como confidencial

En la Resolución 269/2018, de 28 de septiembre, se analiza un supuesto en el que una de las entidades que había participado en el procedimiento de licitación solicita –en el trámite de alegaciones– la inadmisión del recurso presentado al haber sido vulnerada la confidencialidad de su oferta técnica en el trámite de vista de expediente concedido por el órgano de contratación a la entidad recurrente.

La entidad interesada considera que el órgano de contratación actuó vulnerando el contenido de los artículos 140 y 153 del TRLCSP y el artículo 16.1 del RPER.

En la mencionada resolución el Tribunal indica que en la regulación del recurso especial en materia de contratación contenida en la LCSP y en el mencionado RPER, el trámite de vista del expediente es un cauce que se encuentra establecido con el objetivo de no privar a una entidad licitadora de la información necesaria a efectos de la interposición de un recurso suficientemente fundado, sin que quede dentro del ámbito de las competencias atribuidas al Tribunal por la LCSP valorar los supuestos incumplimientos del deber del órgano de contratación de no divulgar información declarada como confidencial por las licitadoras, y menos aun, inadmitir un recurso por este motivo.

En este sentido, el Tribunal manifiesta que las causas de inadmisión de los recursos están tasadas en el artículo 55 de la LCSP, y no quedando recogida entre ellas la alegada por la entidad interesada, concluye que no procede acceder a lo solicitado por la misma.

4.1.2.2. Obtención de copias en el acceso al expediente concedido por el órgano de contratación. Limitación por parte del órgano de contratación al acceso de documentación de las ofertas no declarada confidencial por estos

Por otro lado, en la Resolución 305/2018, de 31 de octubre, se analiza un supuesto en el que la recurrente alega que en el trámite de vista del expediente concedido por el órgano de contratación se limitó su derecho de acceso al expediente de contratación y, en particular, a la oferta presentada por una de las entidades, en la medida que no pudo ni consultar su oferta técnica ni obtener copia de la documentación integrante de la misma. En este sentido, señala que el órgano de contratación le negó lo anterior, pese a que dicha documentación no había sido declarada confidencial por la entidad licitadora.

Con relación a la solicitud de copia de la documentación integrante de la proposición de otra entidad, el Tribunal manifestó en la mencionada Resolución 305/2018 –aludiendo a la doctrina por este mantenida sobre la cuestión– que el TRLCSP no impone al órgano de

contratación la obligación de facilitar copias cuando conceda vista del expediente a las entidades licitadoras, en los casos en los que así proceda.

Por otro lado, en la mencionada Resolución 305/2018 se argumenta con relación a la limitación del derecho de acceso al contenido no declarado confidencial de una de las ofertas, que la vigente Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, al igual que lo hiciera la anterior, reconoce y salvaguarda en su artículo 21 el derecho a la confidencialidad de la información facilitada por los operadores económicos en una licitación pública.

En este sentido, se expone que el TRLCSP impone a los órganos de contratación y también a los órganos competentes para la resolución del recurso especial el deber de garantizar la confidencialidad de las ofertas, en particular, en aquellos aspectos que afecten a los secretos técnicos y comerciales. Así –se indica– el artículo 140.1 del citado cuerpo legal establece, respecto a los órganos de contratación, que *«Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas»*.

Asimismo, el Tribunal argumenta en la mencionada resolución que ha de encontrarse un equilibrio adecuado entre el derecho de defensa y el de protección de los intereses comerciales de las empresas licitadoras de forma que ninguna de ellas se vea perjudicada; ya que ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta, ni la publicidad y transparencia pueden implicar el acceso incondicionado e indiscriminado al expediente de contratación y a las ofertas de las restantes entidades licitadoras.

Por ello, se indica que el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora.

En el caso analizado, se afirma que se debe tener en cuenta que las prevenciones legales para la protección de los secretos técnicos y comerciales de las empresas licitadoras parten de la premisa de que estas hayan declarado la confidencialidad de la información facilitada al poder adjudicador; así se desprende del artículo 21 de la citada Directiva 2014/24/UE y del artículo 140.1 del TRLCSP.

En este sentido, se concluye en la Resolución 305/2018 que no ha querido el legislador imponer al órgano de contratación cautelas en la salvaguarda de la confidencialidad de las ofertas, cuando esta no ha sido pretendida ni buscada por las propias entidades licitadoras, como en el supuesto objeto de análisis.

4.1.2.3. Limitación por el órgano de contratación en el acceso de la recurrente a la documentación declarada confidencial por otras licitadoras. Know How empresarial. Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010

Este tipo de supuestos, cada vez más frecuentes, se han analizado en diversas ocasiones a lo largo de los últimos años. En el año 2018, ha sido relevante la Resolución 212/2018, de 6 de julio, en la que la recurrente argumenta que no pudo acceder a determinada documentación de las ofertas presentadas por las licitadoras que había sido declarada confidencial.

El Tribunal manifiesta en el supuesto analizado que, por un lado, no había existido una calificación indiscriminada de confidencialidad de la oferta técnica que impidiera a la recurrente absolutamente el acceso a la misma, y por otro lado, que el órgano de contratación había determinado y justificado, a criterio del Tribunal, aquella documentación que, en particular, afectaba a secretos técnicos o comerciales al considerar que forman parte del *Know how* de la empresa y que por ello no puede ser examinada por las demás entidades licitadoras.

En este sentido, manifiesta el Tribunal que la expresión *Know how*, sinónimo de experiencia empresarial, proviene del inglés y significa «saber hacer»; básicamente, consiste en las capacidades y habilidades que un individuo o una organización poseen en cuanto a la realización de un tarea específica, las cuales les dan un valor añadido al ir un paso por delante en cuanto al resto del mercado. Al respecto, el Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, en el apartado g) de su artículo primero «definiciones», dispone que «1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: “Conocimientos técnicos”, un conjunto de información práctica no patentada derivada de la experiencia y los ensayos realizados por el proveedor y que es secreta, sustancial y determinada; “secreta” significa que los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles; “sustancial” significa que los conocimientos técnicos incluyen información que es indispensable al comprador para el uso, la venta o la reventa de los bienes o servicios contractuales; “determinada” significa que los conocimientos técnicos son descritos de manera suficientemente exhaustiva para permitir verificar si se ajustan a los criterios de secreto y substancialidad».

En definitiva, y a la vista de lo anterior, el Tribunal desestima esta pretensión de la recurrente.

4.1.2.4. Concesión del trámite de vista de expediente por el Tribunal. Plazo mínimo desde la vista para poder fundamentar el recurso

En la misma Resolución 305/2018 anteriormente citada, tras tratar todas las cuestiones mencionadas, el Tribunal analiza si procede o no conceder a la recurrente trámite de acceso al expediente. En este sentido, manifiesta que aun alegando la recurrente que no se le permitió el acceso a determinada documentación ante el órgano de contratación, no le solicitó el acceso a la misma en sus oficinas para proceder a completar el recurso como preceptúa el artículo 52 de la LCSP, concluyendo, que el Tribunal no puede suplir tal ausencia por lo que considera que no procede realizar ninguna actuación al respecto.

Por otro lado en la también aludida Resolución 212/2018, la recurrente argumenta que el trámite concedido por el órgano de contratación de vista del expediente tuvo lugar de forma que se le privó del plazo mínimo necesario para poder fundamentar adecuadamente su recurso.

El Tribunal, al analizar esta cuestión, manifiesta que la recurrente solicitó al órgano de contratación el trámite de vista del expediente pasados ocho días naturales desde la notificación de la adjudicación y que el órgano de contratación le informó a los 3 días hábiles de la posibilidad de acceso al mismo.

En definitiva –considera el Tribunal– una entidad licitadora razonablemente informada y normalmente diligente debe conocer cuando comienza y termina el cómputo de los 15 días hábiles para la interposición de un recurso especial contra la adjudicación. Asimismo, debe prever que el órgano de contratación dispone de cinco días hábiles para facilitar el acceso al expediente –en el supuesto examinado el órgano de contratación se lo facilitó a los tres días hábiles–, por lo que debe solicitar dicho acceso lo más pronto posible con objeto de disponer de mayor tiempo para poder configurar su recurso, teniendo en cuenta el plazo de que dispone el órgano de contratación para facilitar el acceso. Por ello, en el supuesto analizado el Tribunal desestima esta alegación del recurso y no le concedió plazo para la ampliación del mismo.

4.2. Cuestiones relacionadas con la acreditación de la solvencia

Como en años anteriores durante 2018 también se han analizado supuestos en los que el objeto de la controversia versaba sobre cuestiones relacionadas con la acreditación de la solvencia.

4.2.1. Posibilidad de acreditar la solvencia técnica mediante servicios de naturaleza similar prestados en contratos en los que la entidad formaba parte de una UTE

Resulta de interés reseñar la Resolución 25/2018, de 31 de enero, supuesto en el que la entidad recurrente alega que uno de los certificados presentados por la entidad que había resultado adjudicataria en el procedimiento de licitación para acreditar su solvencia técnica conforme a lo exigido en el PCAP –servicios de similar naturaleza–, no resulta válido,

puesto que el certificado se refiere a una Unión Temporal de Empresas (UTE) en la que la entidad adjudicataria concurrió como parte de la misma, por lo que —a su juicio— el mismo solo le podría servir para acreditar la solvencia en la parte correspondiente a su participación en la UTE.

El Tribunal, al entrar en esta cuestión analiza el concepto legal de Unión Temporal de Empresas (UTE). Así, el artículo 7.1 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional, vigente a estos efectos, señala: *«Tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro. La Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia».*

En este sentido, argumenta el Tribunal que resulta evidente que la UTE es un sistema de agrupación de empresas sin personalidad jurídica, donde cada empresa establece su porcentaje de participación. Así, ningún inconveniente debe existir, en principio, para que las entidades que han participado en UTE puedan acreditar su solvencia técnica en un procedimiento de contratación donde se licita de manera individual. Sin embargo, solo se debe tomar en consideración el porcentaje de la participación de la empresa en la UTE a efectos de que posteriormente le sirva para acreditar la solvencia técnica acudiendo como empresa individual.

En el supuesto analizado, a la vista de la documentación remitida por el órgano de contratación, el Tribunal detecta que no consta en el certificado aportado dicho porcentaje, si bien teniendo en cuenta que con independencia del mismo —aun computando el 100%— el importe seguiría siendo insuficiente para acreditar la solvencia técnica, el órgano acuerda estimar el recurso respecto a este motivo.

4.2.2. Concepto de servicios o trabajos de similar naturaleza

En la misma Resolución 25/2018, la recurrente indica que los certificados presentados por la entidad que había resultado adjudicataria para acreditar su solvencia técnica —servicios o trabajos de similar naturaleza— se refieren a servicios cuyo objeto es distinto al objeto de la licitación por lo que la mesa de contratación debió de considerar que la misma no había acreditado adecuadamente su solvencia conforme a lo exigido en el PCAP rector del procedimiento.

El Tribunal, al analizar la cuestión —a la que le resulta de aplicación el ya derogado TRLCSP— manifiesta que a efectos de determinar la correspondencia entre los trabajos o servicios acreditados y los que constituyen el objeto del contrato, como se recoge en el artículo 67

del RGLCAP se debe atender; cuando exista clasificación aplicable a este último, al grupo y subgrupo de clasificación al que pertenecen unos y otros, y en los demás casos a la coincidencia entre los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV. En el caso analizado, al tratarse de servicios para los que no existe clasificación aplicable se había de atender a los dos primeros dígitos del código CPV.

En este sentido, a la vista del expediente remitido por el órgano de contratación, se comprueba que no se acompaña a la documentación remitida por la entidad propuesta como adjudicataria ningún tipo de documentación que permitiese examinar el código CPV asignado a cada uno de los certificados, aunque sí se deja constancia del objeto del contrato. No obstante, con la información que consta en los mismos no se aprecia de manera clara que se trate de servicios del mismo tipo o naturaleza, por lo que no cabe concluir que, con la documentación presentada, la adjudicataria acredite el requisito de solvencia técnica o profesional exigido en los pliegos. Por tanto, el Tribunal estima el motivo del recurso al considerar que la mesa de contratación debió haber requerido a la adjudicataria para que subsanase este defecto en aras a constatar tal extremo.

4.2.3. Doctrina sobre la acreditación de la solvencia con medios externos. Requisitos formales en cuanto a la acreditación de la disposición de tales medios

En la Resolución 356/2018, de 20 de diciembre, se analiza un supuesto en el que la recurrente cuestiona la solvencia técnica o profesional que se había acreditado por medios externos por parte de la entidad que resultó adjudicataria en el procedimiento de contratación.

Sobre esta cuestión, señala el órgano de contratación que la acreditación de la solvencia se efectúa al amparo de lo establecido en el artículo 63 del TRLCSP, y que, aunque esta posibilidad de integración de la solvencia técnica no aparece entre los supuestos que se recogen en el PCAP, según la legislación de aplicación, doctrina y jurisprudencia sobre la materia, ello no supone que no pueda utilizarse este medio.

Respecto a la validez del acuerdo de cesión de medios, el Tribunal cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2016 dictada en el asunto C-234/14 al disponer que *«el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato determinado es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos, y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica»*.

El Tribunal manifiesta que sobre la posibilidad de integrar la solvencia técnica y económica con medios externos se establece una interpretación amplia que abarca todos sus aspectos y que resulta acorde con la jurisprudencia europea y las directivas, donde no se

prevén límites para la utilización de dicha posibilidad siempre que quede acreditada la disposición de dichos medios, así como un mínimo de solvencia con medios propios.

Por tanto, la puesta a disposición de los medios puede articularse de cualquier forma, siendo las licitadoras libres para escoger el título en virtud del cual las empresas que prestan su solvencia se obligarán a participar en la ejecución del contrato, no existiendo tampoco un límite a la forma en que se puede acreditar la efectiva disposición de dichos medios, siempre de conformidad con lo que el órgano de contratación haya establecido en los pliegos aceptados por la entidad licitadora.

Además, –afirma el Tribunal– no establece el PCAP rector del procedimiento ningún medio de prueba concreto para la acreditación de esa puesta a disposición de medios ni existe limitación alguna de tipo formal, por lo que entiende que el acuerdo presentado por la adjudicataria junto con el certificado de buena ejecución aportado, referido a la entidad que cede los medios externos, es suficiente para acreditar su solvencia técnica a través de su integración con la de un tercero, solvencia esta que existía a la fecha límite de presentación de las proposiciones.

El Tribunal afirma que consta en el expediente administrativo remitido por el órgano de contratación un acuerdo entre la entidad adjudicataria y la que pone a su disposición la solvencia de fecha posterior a la de presentación de proposiciones, siendo el mismo válido puesto que –a falta de previsión contraria en los pliegos– y en la línea de lo manifestado por otros órganos de resolución de recursos contractuales lo que debe existir a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas son las capacidades y solvencias de ambos y que, por otro lado, el pacto de puesta a disposición se debe acreditar a requerimiento del órgano de contratación sin que quepan limitaciones en cuanto a su forma. El Tribunal en este supuesto procedió a desestimar por los motivos argumentados esta alegación del recurso.

4.3. Empresas pertenecientes a un mismo grupo. «El levantamiento del velo»

En la Resolución 50/2018, de 23 de febrero, se analiza un supuesto en el que el objeto de la controversia es la resolución de adjudicación de un expediente de contratación cuyo objeto se encontraba dividido en 7 lotes. El PCAP rector del procedimiento establecía que ninguna entidad licitadora podía ser adjudicataria de un número de lotes que de forma acumulada superaran el 40% del total del presupuesto de licitación.

En el supuesto analizado, resultó que dos empresas pertenecientes a un mismo grupo fueron adjudicatarias de distintos lotes de suerte que, de forma separada, ninguna de las entidades superaba el límite del 40% impuesto por el pliego. Sin embargo, de forma conjunta como grupo de empresas sí superaban el mencionado límite.

En este supuesto, la recurrente combate la adjudicación del contrato argumentando que existen indicios razonables de que las empresas del grupo son una misma unidad de negocio y que, en realidad no actúan de manera independiente.

La recurrente sostiene que para demostrar que la actuación de dos empresas vinculadas o del mismo grupo es antijurídica no existe una regla general, y que habrá de aplicarse en cada caso la técnica del *«levantamiento del velo»* que trata de descubrir si, bajo la apariencia de la personalidad jurídica de sociedades o empresas distintas, se encuentra el mismo sujeto; de darse esta circunstancia, manifiesta la recurrente que estaríamos ante un fraude de ley pues, en el caso examinado, se estaría permitiendo que una misma licitadora accediera a la adjudicación de lotes evitando la limitación establecida del 40% del total del presupuesto de licitación, situándose en posición de ventaja respecto al resto de licitadoras y vulnerándose los principios de la contratación pública relativos a la transparencia, igualdad y competitividad.

En la resolución se realiza un análisis de la regulación contenida en el TRLCSP con relación a la presentación de proposiciones por empresas vinculadas indicando que el artículo 145.4 del TRLCSP establece que: *«la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152.*

Se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio».

El Tribunal en la mencionada Resolución 50/2018, indica que la remisión reglamentaria contenida en el precepto legal transcrito debe entenderse efectuada al artículo 86 del RGL-CAP, que prevé que, en los supuestos de presentación de ofertas distintas por empresas de un mismo grupo empresarial, se ha de tomar únicamente la oferta más baja para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias.

Por ello, el Tribunal concluye que la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas solo supone la exclusión del procedimiento de adjudicación en el caso de los contratos de concesión de obra pública, y en los demás supuestos, como el que era objeto de análisis en la resolución –relativo a un contrato de servicios–, la presentación de proposiciones a una misma licitación por empresas vinculadas solo tendrá trascendencia en orden a los efectos de aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados.

El Tribunal también analiza desde otra perspectiva el concepto de *«empresas vinculadas»*: en este sentido, el artículo 145.4 del TRLCSP viene a equipararlo con el término *«grupo de*

sociedades» empleado por el artículo 42 del Código de Comercio, cuyo requisito esencial es la presencia de una situación de control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, concluyendo que no basta con que dos o más sociedades formen parte de un grupo empresarial para que, automáticamente, quepa obviar la personalidad jurídica diferenciada de cada una de ellas y tratar a todas como si fueran una sola.

Asimismo, se alude a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de mayo de 2009 (C-538/07), que afirma: «El Derecho comunitario se opone a una disposición nacional que, a pesar de perseguir objetivos legítimos de igualdad de trato de las licitadoras y de transparencia en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, establece una prohibición absoluta de participar de manera simultánea y en competencia en una misma licitación a aquellas empresas entre las que exista una relación de control o que estén vinculadas entre sí, sin dejarles la posibilidad de demostrar que dicha relación no ha influido en su comportamiento respectivo en el marco de dicha licitación».

Sentado lo anterior, en la resolución se procede a analizar si ambas empresas actúan o no de manera independiente. Así se comprueba que las mismas tienen domicilios sociales distintos, que la mayoría de miembros del órgano de administración de una de ellas no proceden de la otra, ni consta que una de ellas haya realizado los nombramientos de los miembros del mencionado órgano de la otra y, asimismo, que las propuestas técnicas que presentaron ambas licitadoras en el procedimiento de contratación fueron también diferentes y obtuvieron distintas puntuaciones. Por ello, el Tribunal considera que no existen elementos suficientes para considerar, pese a la participación del capital social de una empresa en otra, que ambas sociedades funcionasen en realidad como una única licitadora.

En este sentido, en la Resolución 50/2018, el Tribunal considera que no se puede concluir que la personalidad jurídica diferenciada de las dos entidades cuestionadas en el recurso fuera meramente formal y aparente, ocultando una realidad unitaria subyacente para así conseguir un propósito fraudulento, terminología esta utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, Sala I, de 28 de mayo de 1984, 11 de noviembre de 1995, 31 de octubre de 1996 y 3 de junio de 2004, entre otras) para acudir a la doctrina del levantamiento del velo. Por todo ello, el Tribunal acuerda desestimar las pretensiones de la recurrente.

4.4. Prácticas colusorias. Competencia del órgano de contratación o de la mesa de contratación y de los órganos de resolución del recurso especial en materia de contratación sobre esta cuestión

También resulta objeto de análisis en la anteriormente mencionada Resolución 50/2018, la cuestión relativa a que la mesa de contratación durante la tramitación del procedimiento de licitación decidiera poner en conocimiento de la Agencia de Defensa de la Compe-

tencia de Andalucía una práctica que a su juicio podía resultar contraria a las reglas de la libre competencia.

Según indica el Tribunal en la mencionada Resolución 50/2018, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía emitió un informe en el que concluye que no aprecia la existencia de indicios de que se hubiera cometido una infracción de las recogidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La Agencia manifiesta en el mencionado informe que el acuerdo de carácter colusorio prohibido por la mencionada norma requiere la existencia de un intercambio de voluntades entre varias personas, físicas o jurídicas, que puedan ser consideradas operadores económicos independientes. Sin embargo, en el supuesto analizado no se incurre en la prohibición de conductas colusorias puesto que los acuerdos serían entre empresas pertenecientes a un mismo grupo, por tanto, no cabe entender que hay independencia de comportamiento al no existir dos voluntades distintas que puedan concertarse, sino un único centro de imputación de la actividad competitiva. El órgano de contratación, una vez emitido el informe, dicta resolución de adjudicación a favor, entre otras, de las entidades licitadoras pertenecientes a un mismo grupo.

Sobre esta cuestión, en la Resolución 50/2018 se indica que el hecho de que la mesa de contratación o el órgano de contratación sospeche que se hayan podido producir prácticas colusorias, no constituye un motivo de exclusión. El Tribunal manifiesta que hay que tener en cuenta la regulación actual del artículo 150.1 de la LCSP que prevé en este supuesto que ante el conocimiento de posibles prácticas colusorias el órgano de contratación o la mesa de contratación debe de ponerlo en conocimiento de la entidad competente —en este ámbito, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía—, con efectos suspensivos en el procedimiento de contratación, para que se pronuncie sobre aquellas. En este sentido, se concluye que en el supuesto analizado esta actuación fue realizada por la mesa de contratación por lo que su actuación fue ajustada a Derecho.

Por otro lado, se ha tenido ocasión de analizar una cuestión similar en la Resolución 183/2018, de 14 de junio, en la que la recurrente solicita al Tribunal con ocasión de la adjudicación del contrato que se excluyeran las ofertas de otras dos entidades licitadoras por prácticas colusorias, dada la confusión empresarial entre las sociedades y la presentación por las mismas de variantes surgidas de una misma proposición.

Como punto de partida se señala en la Resolución 183/2018, que la competencia de los órganos de resolución de recursos contractuales no alcanza al conocimiento de las supuestas infracciones de la legislación de defensa de la competencia, sin perjuicio de su deber de notificar a la Agencia de Defensa de la competencia de Andalucía cualesquiera hechos de

los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que puedan constituir infracciones de la normativa existente en dicha materia. Así lo establece la Disposición Adicional vigésima tercera del TRLCSP y en términos muy parecidos el artículo 132.3 de la LCSP.

En cambio, sí es función del Tribunal la revisión de los actos dictados en materia contractual, debiendo proceder a su anulación cuando estos vulneren las normas existentes en este ámbito. A estos efectos –se manifiesta– solo procede analizar si desde la perspectiva contractual se infringe el precepto legal que prohíbe, con carácter general, proposiciones simultáneas por una misma licitadora. En este sentido, se analiza si el acto de adjudicación pudiera ser nulo por haber concurrido las licitadoras encubriendo una unidad de negocio y ser sus ofertas variantes de una misma proposición –en cuanto los pliegos prohibían la presentación de variantes–, y tras considerar los argumentos manifestados por la recurrente, el Tribunal llega a la conclusión de que los mismos resultan carentes de solidez, al entender que las alegaciones de la misma constituyen una serie de indicios que no acreditan los extremos por esta aseverados, por lo que desestima el recurso.

4.5. Motivación de la admisión de las ofertas en la adjudicación del contrato

Esta cuestión ha sido objeto de estudio en las Resoluciones 169/2018, de 8 de junio y 310/2018, de 6 de noviembre. Por ejemplo en esta última, la entidad recurrente argumenta que en el informe técnico de valoración de ofertas únicamente se incluye la puntuación de las mejoras ofertadas por cada entidad, sin que se hubiera exteriorizado la comprobación realizada por la mesa de contratación sobre el cumplimiento de las ofertas de las especificaciones técnicas mínimas requeridas en el PPT, constando tan solo en la resolución de adjudicación una mención a que se realizó la comprobación relativa a que las ofertas cumplían con los requisitos mínimos establecidos en el mismo.

El Tribunal en el supuesto objeto de análisis llega a la conclusión de que el acto de adjudicación no tiene por qué contener motivación sobre la admisión de las ofertas, sino solo sobre las exclusiones y sobre las características y ventajas de la proposición adjudicataria. En este sentido –señala– se ha de tener en cuenta que el alcance legal del artículo 151.4 del TRLCSP no abarca la motivación de aquellos aspectos relativos a la admisión de las entidades licitadoras, sino solo los referidos a las exclusiones o descartes y a las características y ventajas de la proposición adjudicataria.

Por todo lo anterior, teniendo en cuenta –en primer lugar– que las recurrentes realizan una alegación genérica en el contenido de su escrito que no se desarrolla posteriormente en un *petitum* concreto; que además, no existe una obligación por parte del órgano de contratación de motivar expresamente la admisión de las ofertas y que, finalmente, se afirma en la resolución de adjudicación que se había realizado el control del cumplimiento de

las proposiciones respecto de las especificaciones técnicas mínimas requeridas en el PPT, el Tribunal concluye que nada hay que objetar al proceder del órgano de contratación y, por tanto, desestima este motivo de recurso.

4.6. Allanamiento del órgano de contratación a la pretensión de la recurrente.

Doctrina sobre los actos propios. «Venire contra factum proprium non valet»

En la Resolución 6/2018, de 12 de enero, el objeto de la controversia analizada deriva de la impugnación por parte de la recurrente de la resolución de adjudicación por considerar que la oferta de la entidad adjudicataria no cumple con uno de los requisitos establecidos en el PPT.

Por otro lado, el órgano de contratación informa que a la vista de la documentación aportada por la recurrente, efectivamente, se llega a la conclusión de que el dispositivo ofertado por la entidad que había resultado adjudicataria incumple con uno de los requisitos mínimos establecidos en el PPT.

Finalmente, la entidad que había resultado adjudicataria argumenta que la actuación de la Administración es contraria a la doctrina de los actos propios que decreta la inadmisibilidad de «*venire contra factum proprium*», puesto que, en un primer momento, aquella determina que su oferta cumplía los requisitos establecidos en los pliegos para después concluir que no, amparándose en una pretendida falta de información no proporcionada por esta en su proposición y en unas conclusiones facilitadas por la entidad que recurrió la adjudicación.

Sobre lo anterior, el Tribunal no considera que la actuación de la Administración sea contraria a la doctrina de los actos propios. En este sentido manifiesta que en un primer momento, el órgano de contratación no detecta el incumplimiento de la oferta presentada por la entidad que inicialmente resultó adjudicataria porque no conocía los detalles del dispositivo que ofertaba ya que se basó en la información escrita suministrada por dicha empresa al contestar al cuestionario del pliego. El Tribunal argumenta que es en un segundo momento y a raíz del recurso interpuesto cuando el órgano de contratación conoce los detalles y dispone de los elementos técnicos necesarios para emitir un informe al respecto –en este caso el informe al recurso– del que es predicable su presunción de certeza y razonabilidad y que no supone en modo alguno infracción del principio «*Venire contra factum proprium non valet*», sino solo el reconocimiento de la equivocación padecida *ab initio* por la Administración al estimar que la oferta adjudicataria cumplía el requisito cuestionado del PPT. Por ello, el Tribunal acuerda la estimación de este motivo del recurso.

4.7. Valoración de ofertas por entidad externa al órgano de contratación. Publicaciones en el perfil de contratante –artículo 63 de la LCSP–. Obligación de publicar las respuestas a las aclaraciones planteadas por las licitadoras

En la Resolución 351/2018, de 13 de diciembre, se analiza, entre otras cuestiones, la alegación formulada por la recurrente relativa a la falta de motivación por la mesa de contratación de las puntuaciones asignadas a las ofertas de las entidades licitadoras respecto a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, que habían sido otorgadas conforme a lo recogido en un informe de una entidad externa al órgano de contratación.

El Tribunal, aludiendo a la doctrina mantenida sobre la cuestión, analiza la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2012, recurso 5128/2008, de la que se extrae que:

1. La mesa de contratación puede auxiliarse de informes técnicos externos para valorar las ofertas presentadas; sin embargo, dicha potestad no es ilimitada, así la mesa de contratación deberá de justificar previamente el motivo por el que prescinde de sus funcionarios y acude a personal externo y ajeno al órgano de contratación para la valoración de las ofertas.
2. La mesa de contratación no podrá hacer suya sin más la valoración emitida por el organismo o mercantil externa en cuestión, sino que deberá realizar una valoración mínima de las ofertas, realizando aportaciones propias y valoraciones críticas a lo manifestado por el informante externo contratado.

En el supuesto analizado, el Tribunal manifiesta que no queda constancia en el expediente remitido por el órgano de contratación de la valoración o de aportación alguna realizada por parte de la mesa de contratación sobre la puntuación de las ofertas presentadas. Con tal proceder –se indica– parece haberse dejado al criterio técnico de una entidad externa una decisión discrecional que es exclusiva de la Administración pues no queda constancia en el expediente de la valoración de las ofertas por parte de la mesa de contratación, ni las aportaciones propias y valoraciones críticas a lo manifestado por el informante externo contratado, por lo que estima este motivo de recurso.

En segundo lugar, en la Resolución 351/2018, también se analiza la alegación de la recurrente relativa a que ni las actas de las sesiones de la mesa de contratación ni las respuestas a las aclaraciones planteadas por las entidades licitadoras, fueron objeto de publicación en el perfil de contratante.

Sobre este extremo, el Tribunal manifiesta que el artículo 63 de la LCSP, establece en su inciso tercero que deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante –entre otra

documentación—: *«todas las actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente, el informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas (...).»* por lo que estima este motivo de recurso.

Por otro lado, y con relación a la publicación de las respuestas a las aclaraciones solicitadas por las entidades licitadoras en el perfil de contratante, el Tribunal indicó que el artículo 138.3 de la LCSP regula que, en el supuesto de que así lo establezca el PCAP, las respuestas a las aclaraciones planteadas por las partes interesadas en la licitación tendrán carácter vinculante y que, en este caso, el órgano de contratación deberá hacerlas públicas en el perfil de contratante. En el supuesto analizado, la regulación contenida en el PCAP hacía referencia a información adicional o complementaria que podía ser solicitada por las entidades interesadas en el procedimiento, pero en ningún caso indicaba que las respuestas a esa solicitud de información tuvieran carácter vinculante. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal concluye que no existía la obligación de que las mismas se publicasen en el perfil de contratante, procediendo por tanto la desestimación de ese motivo de recurso.

4.8. Principios generales de la contratación pública

La aplicación de los principios básicos en la contratación pública ha seguido teniendo enorme relevancia en los pronunciamientos que ha realizado el Tribunal durante el año 2018, siendo diversos los casos en que se ha tenido que ponderar la prevalencia de unos sobre otros en función de las particularidades de cada supuesto que se ha analizado.

4.8.1. Principio de igualdad. Oferta que supera manifiestamente el límite de páginas establecido en el PCAP

En este sentido, en la Resolución 60/2018, de 8 de marzo, el objeto de la controversia deriva de la alegación realizada por la recurrente solicitando la exclusión de la entidad propuesta adjudicataria por superar manifiestamente la extensión de su oferta el máximo establecido en pliego rector del procedimiento. Por otra parte, el órgano de contratación argumenta que no valoró la documentación de la oferta que excedía del límite marcado en el pliego y considera que su actuación fue ajustada a Derecho.

En el supuesto analizado en la mencionada Resolución 60/2018, el Tribunal indica que a la hora de valorar este incumplimiento —el exceso del número de páginas de las propuestas técnicas con relación a lo exigido en el respectivo PCAP rector del procedimiento— se debe analizar si nos encontramos ante un mero defecto formal y no sustancial de la documentación presentada o si por el contrario, a la vista del incumplimiento cometido, se han podido quebrar los principios de igualdad y transparencia que han de presidir cualquier

procedimiento de contratación y, en consecuencia, lo procedente es la exclusión de la oferta o, en su caso, la no valoración de la misma con respecto al exceso.

En la mencionada Resolución 60/2018, se concluye que aunque la regla general es que un requisito formal no puede convertirse en causa de exclusión, este principio general puede quebrar en determinados supuestos, como en aquellos casos en que el exceso alcance relevancia tal que suponga un incumplimiento flagrante de un pliego que ha sido incondicionalmente aceptado por la entidad licitadora; así en el supuesto analizado –en el que la oferta contaba con más del triple de páginas sobre el límite máximo fijado en los pliegos– el Tribunal consideró que ello resultaba un incumplimiento de tal magnitud cuantitativa que lo transformó en un incumplimiento cualitativo que podía afectar al principio de igualdad y no discriminación entre las entidades licitadoras y al de eficiencia en la contratación pública, lo que justificó la exclusión de la licitadora por vulneración de los pliegos reguladores del concurso convocado.

Esta doctrina encuentra también refrendo en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales, así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de junio de 2016 «*Roj:STSJ CL 2713/2016*», ante un supuesto en que –entre otras cuestiones– se analiza el incumplimiento por parte de una de las licitadoras del formato en el que habían de presentarse las ofertas según lo establecido en el PCAP, se concluyó que no cabe invocar en estos supuestos el principio de proporcionalidad toda vez que los participantes de la licitación están vinculados a los pliegos rectores del procedimiento que constituyen la ley del concurso con arreglo a reiterada jurisprudencia.

En el supuesto objeto de análisis el Tribunal no acoge las consideraciones manifestadas por el órgano de contratación, al entender que se había podido conculcar el principio de igualdad por lo que estima este motivo de recurso.

4.8.2. Principio de concurrencia. Se analiza cuando nos encontramos ante un error en la oferta fácilmente subsanable, por lo que no procede la exclusión, frente al supuesto en el que el error no puede ser objeto de subsanación

En la Resolución 193/2018, de 22 de junio, se analiza un supuesto en el que la recurrente considera que la oferta de la entidad adjudicataria debió ser rechazada de la licitación. En este sentido, la entidad recurrente argumenta que la oferta económica de una de las entidades licitadoras fue excluida por adolecer de errores en su formulación que quedaron al descubierto al solicitar la mesa de contratación a la misma aclaraciones por encontrarse incurso la proposición en valores anormales o desproporcionados acordando finalmente el órgano de contratación su exclusión. A juicio de la recurrente, la oferta de la entidad adjudicataria también contenía errores por lo que la misma debió haber sido, igualmente, excluida.

El Tribunal, al analizar el supuesto concluye que la situación de las dos proposiciones económicas es diferente; en una, se señala expresamente que el importe ofertado es por año y una simple multiplicación permite determinar la cuantía total, mientras que, en la otra, esta indicación se pone de manifiesto con posterioridad, sin que del tenor de la propuesta quepa deducir que la cuantía reflejada corresponde solo a un año de ejecución contractual. Más bien al contrario, una lectura de la oferta que finalmente fue excluida parece llevar a la conclusión de que el importe ofertado corresponde al plazo total del contrato.

Es por ello, concluye el Tribunal, que la actuación de la mesa de contratación fue correcta al admitir la primera y proceder al rechazo de la segunda con apoyo en el artículo 84 del RGLCAP, cuyo tenor es el siguiente: *«Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición».*

En este sentido, el Tribunal mantiene que resulta posible la subsanación de la oferta cuando sea posible deducir claramente la voluntad de la licitadora, siendo el defecto un mero error de cuenta o de carácter puramente formal y que asimismo, el principio de concurrencia aboga por favorecer la admisión de licitadoras, proscribiendo la exclusión de proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables. Por todo lo anterior, el Tribunal en este supuesto desestima este motivo de recurso.

4.8.3. Principio de proporcionalidad. Supuestos en los que prevalece este principio en contraste con otros en los que no cabe su invocación si al aplicarlo se vulneran otros principios básicos de la contratación –seguridad jurídica e igualdad–

Como en otros años el Tribunal ha acudido al principio de proporcionalidad en numerosas ocasiones a la hora de resolver los asuntos que han sido objeto de análisis. En este sentido, en las Resoluciones 183/2018, de 14 de junio, 259/2018, de 24 de septiembre y 273/2018, de 28 de septiembre, se analizan supuestos en los que la recurrente solicita que se excluya la oferta de la entidad adjudicataria por haber superado el límite máximo atribuido a un determinado criterio de adjudicación, normalmente el de las mejoras. En todas las resoluciones mencionadas se llega a la conclusión de que la superación de tales límites máximos solo puede acarrear, como regla general, que no se valore el exceso.

Así en la Resolución 273/2018, se manifiesta aludiendo a la doctrina ya asentada por el Tribunal que: *«se ha de tener en cuenta que, una vez se ha concluido que dicha proposición*

no puede ser excluida, el hecho de no valorarla podría suponer un claro perjuicio para el interés público, pues se estaría dando valor cero o no puntuando a una oferta que podría ser realmente ventajosa. Además, tal decisión sería poco acorde al principio de proporcionalidad –reconocido por la jurisprudencia europea (sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08) y elevado a rango de principio de la contratación en los artículos 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público– que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos».

En la mencionada Resolución 273/2018, se desestima el recurso al concluir que la solución más adecuada al interés público, así como a los principios de proporcionalidad y de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa fue la adoptada por el órgano de contratación al tomar en consideración, a efectos de otorgar puntuaciones, hasta el máximo establecido en el pliego, es decir, sin tener en cuenta el exceso ofertado a estos efectos aunque sin perjuicio de que dicho exceso debiera quedar integrado en su oferta.

Por otro lado, en las Resoluciones 60/2018, de 8 de marzo y 144/2018, de 16 de mayo, se puede observar como el principio de proporcionalidad cede cuando entran en juego otros principios públicos que son merecedores de una mayor protección. En concreto, en el supuesto analizado en la Resolución 144/2018, la recurrente argumenta que la oferta de la entidad que resultó adjudicataria del procedimiento de contratación debió ser excluida ya que la misma fue presentada en el registro del órgano de contratación fuera del plazo previsto para ello. En este caso, el Tribunal considera que el principio de proporcionalidad solo resulta de aplicación cuando existen varias soluciones posibles y no en el caso de aplicación de normas que no admitan modulación ya que en estos supuestos, la no aplicación de las mismas invocando el principio de proporcionalidad supone atentar contra otros que prevalecen como son el de seguridad jurídica y el de igualdad.

Así, en la Resolución 144/2018, el Tribunal –al examinar el expediente– comprueba que la entidad finalmente adjudicataria cumplió las previsiones del RGLCAP y del pliego en cuanto a la presentación en plazo de la proposición –que fue presentada en una oficina de Correos– y en lo relativo al anuncio al órgano de contratación de su remisión, que fue comunicado mediante fax, en el mismo día. No obstante, aprecia que se incumplió el requisito establecido en el artículo 80 del RGLCAP y en el PCAP relativo a que la proposición fuera recibida por el órgano de contratación dentro de los diez días naturales siguientes a la fecha y hora de terminación del plazo señalado en el anuncio para la presentación de

ofertas. En tal sentido, solo uno de los cuatro sobres de documentación presentados a la licitación fue recibido dentro de los diez días naturales señalados, recepcionándose los tres restantes una vez transcurrido el plazo reglamentario anteriormente mencionado.

Así pues, se constata que la proposición completa junto a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos no se recibió en el plazo de diez días naturales señalado en el artículo 80 del RGLCAP, siendo la literalidad del precepto tajante, clara y rotunda respecto a que, en tal circunstancia, la proposición no será admitida «*en ningún caso*», resultando irrelevante a dichos efectos, la causa que haya provocado el retraso y que la misma sea o no imputable a la licitadora, puesto que la licitación no puede permanecer indefinidamente abierta a la espera de que lleguen las proposiciones enviadas.

El Tribunal considera que asiste la razón a la recurrente al invocar la indebida admisión de la oferta de la entidad adjudicataria, sin que se pudiese acoger el alegato del órgano de contratación acerca de que el principio de proporcionalidad obligaba a la admisión. En este sentido, ni el hecho de que el sobre relativo a la oferta económica se recibiera en el plazo de los diez días, ni la circunstancia de que un conflicto laboral afectante a Correos y ajeno a la licitadora haya impedido la presentación del resto de sobres en el citado plazo, pudieron considerarse causas suficientes para soslayar el cumplimiento de un precepto reglamentario que no contempla excepción alguna en su aplicación. Lo cierto y verdad –argumenta el Tribunal– es que la proposición completa no se recibió en el plazo citado y que, aun cuando no sea imputable a la licitadora la recepción extemporánea de los sobres, asumió este riesgo desde el momento en que no presentó directamente su oferta en el registro del órgano de contratación; más aún, el haber realizado los envíos a través de Correos en cuatro sobres independientes y no en un único paquete que los incluyera todos, aumenta el riesgo de extravío de alguno de los mismos y la inadmisión de la oferta si esta no se recibe completa, como ocurrió en el supuesto examinado.

Además, –se indica en la Resolución 144/2018– el principio de proporcionalidad exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

En este sentido se manifiesta que una actuación proporcional del órgano de contratación tiene su razón de ser cuando hay varias soluciones posibles y deba elegirse la menos onerosa o perjudicial para la consecución del objetivo perseguido; sin embargo, no es esto lo que acontece en el supuesto examinado, donde la norma no admite interpretación ni

modulación para atenuar sus efectos, sino que es implacable, clara y rotunda en cuanto a los efectos que provoca el supuesto de hecho que regula. El Tribunal concluye que en el caso analizado, no hay, pues, margen a la aplicación del principio de proporcionalidad, pues cualquier actuación realizada en invocación de tal principio vulneraría otros como el de seguridad jurídica y el de igualdad. Por lo que en este supuesto se estima la pretensión de la recurrente.

4.8.4. Principio de congruencia, *lex contractus*, seguridad jurídica e igualdad

En la Resolución 264/2018, de 24 de septiembre, se analizó un supuesto en el que la recurrente alega que el órgano de contratación se había separado de lo establecido en el PCAP rector del procedimiento de adjudicación a la hora de valorar las ofertas respecto a un criterio de adjudicación de aplicación automática. Por ello, solicita a este Tribunal la retroacción de las actuaciones para que la mesa de contratación realizara una nueva evaluación de las ofertas conforme a lo establecido en el PCAP.

El Tribunal indica en la mencionada resolución que, de acuerdo con el artículo 150.2 del TRLCSP y como todo criterio de evaluación automática, la oferta económica, debe valorarse atendiendo a fórmulas o parámetros que determinen las puntuaciones de las ofertas del modo objetivo prefijado en el pliego y sin emisión de juicio discrecional alguno. En este sentido, el Tribunal manifiesta que la ley ha querido dar preponderancia a los criterios automáticos dado su carácter eminentemente objetivo, en el que la puntuación se obtiene directamente de la fórmula fijada en el pliego y no de la realización de un juicio de valor que opera en el ámbito de la discrecionalidad administrativa.

En definitiva, se afirma en la mencionada Resolución 264/2018 que con los criterios de carácter automático, no cabe discrecionalidad técnica, ni el órgano encargado de su valoración tiene que adoptar ningún tipo de acuerdo o decisión sobre lo que ha de ser o no objeto de valoración, pues basta con aplicar la fórmula o asignar los puntos en función de lo que se indique en el pliego.

El Tribunal tras analizar las actuaciones realizadas por el órgano de contratación comprueba que en la valoración de las ofertas respecto del criterio de adjudicación controvertido, efectivamente, no se aplicó la fórmula tal y como quedaba establecida en el pliego. Sobre esta actuación se recuerda en la resolución, que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y que la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras y por el órgano de contratación, por lo que, en virtud del principio «*pacta sunt servanda*», y teniendo en cuenta que los mismos no fueron impugnados en su día, necesariamente se ha de estar al contenido de los mismos, por lo que, en conclusión, resulta improcedente la valoración de las ofertas económicas presentadas efectuada por la

mesa de contratación al haberse realizado de forma distinta a la establecida en el pliego y por lo tanto estima esta alegación de la recurrente.

Se dio la circunstancia en el supuesto analizado de que, si la mesa de contratación hubiera aplicado la fórmula de la manera establecida en el PCAP para la valoración de las ofertas económicas, la oferta global más cara habría obtenido la máxima puntuación resultando adjudicataria. Sobre esta cuestión, el órgano de contratación manifiesta que ello supone una vulneración de los mandatos previstos en el artículo 1 del TRLCSP de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Con relación a lo anterior, el Tribunal considera que la situación descrita no justifica que el órgano o la mesa de contratación pueda alterar la aplicación estricta de la fórmula de valoración que él mismo definió previamente en el pliego, ya que ello habría resultado contrario no solo al principio *lex contractus*, sino también a los principios de igualdad y de seguridad jurídica, pues las entidades licitadoras habían efectuado sus ofertas en atención a unos parámetros objetivos y a una fórmula que no podía experimentar variación durante el curso de la licitación con motivo de la valoración de las proposiciones, y ello aunque esa modificación ulterior se hubiera hecho con un propósito loable, para corregir resultados indeseados que vulneran el mandato legal de determinación de la oferta económicamente más ventajosa –artículo 150.1 del TRLCSP.

El Tribunal manifiesta en la Resolución 264/2018, que ante tal situación el órgano de contratación siempre pudo desistirse del procedimiento de adjudicación por infracción no subsanable de las normas reguladoras del mismo –artículo 155 del TRLCSP– sin que, en virtud del principio de congruencia, el Tribunal pueda declarar de oficio la nulidad de la licitación al no darse todos los presupuestos necesarios para la adopción de tal decisión y tratarse los pliegos de actos firmes y consentidos.

X. OBJETIVOS PARA EL AÑO 2019

Algunos de los objetivos que se ha fijado el Tribunal como metas para el año 2019 han sido esbozados a lo largo del contenido de esta memoria. Los ejes sobre los que se pretende realizar actuaciones son los siguientes: adecuación de los medios humanos a la carga de trabajo, Administración electrónica, transparencia, así como formación.

El principal, sin duda, es conseguir el aumento de medios humanos a través de la modificación de la relación de puestos de trabajo para adecuarlos a la carga de trabajo con el

objetivo de poder mantener el recurso especial en materia de contratación en Andalucía como un instrumento ágil y eficaz, y para que los operadores jurídicos sigan confiando en él como herramienta para la defensa de sus derechos que evita las malas prácticas en la contratación pública.

Desde el punto de vista de la Administración Electrónica, se pretende a lo largo del año 2019 implementar un nuevo tramitador de expedientes que permita que todo el procedimiento de recurso se tramite electrónicamente, objetivo sin duda ambicioso, pero que se pretende acometer.

Asimismo, se espera que entre en funcionamiento el servicio de suscripción a las resoluciones del Tribunal con el objetivo de que aumente la transparencia en la actividad desarrollada por el Órgano que permita a aquellos que lo deseen, recibirlas en su correo electrónico.

Finalmente, en el eje de formación, se desean realizar diversas actuaciones, como talleres de formación sobre el recurso especial, así como actualizar el manual sobre el recurso publicado en 2016 introduciendo las novedades de la LCSP y analizando los pronunciamientos del Órgano de 2016 a 2018.

XI. REFLEXIÓN FINAL

La aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público, de 8 de noviembre de 2017, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ha supuesto una considerable ampliación del ámbito del recurso especial en materia de contratación como un instrumento que garantiza una mejor transparencia mediante una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente.

Esto no es sino el resultado de la eficacia del recurso especial y del importante papel que en el ámbito del control de la contratación pública ha supuesto la creación de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

El escaso número de resoluciones dictadas por el Tribunal que son recurridas ante la jurisdicción contencioso administrativa pone de manifiesto el ahorro económico que para las Administraciones y los poderes adjudicadores representa la labor llevada a cabo por el mismo, evitando no solo los costes de la defensa de dichos procedimientos, sino las indemnizaciones que una eventual estimación en la jurisdicción contencioso administrativa

podieran dar lugar, teniendo en cuenta que, en muchos casos, la resolución del conflicto judicial se produce cuando ya no es posible corregir la infracción contractual y satisfacer materialmente la pretensión de las recurrentes.

Por otro lado, la rápida resolución del recurso especial evita la paralización de los procedimientos de contratación por tiempo prolongado pudiendo así corregir las anomalías que en el curso de dichos procedimientos se puedan producir y evitando los costes económicos derivados de una suspensión prolongada de los mismos e incluso de una anulación posterior de los contratos, una vez ya formalizados, con las consecuentes indemnizaciones a que ello daría lugar.

El análisis de la actividad desarrollada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en el año 2018, tal y como se refleja en esta memoria, muestra como la opción de la Comunidad Autónoma de crear un Tribunal autonómico para resolver los recursos especiales en materia de contratación y cuestiones de nulidad ha sido un acierto. Al mismo tiempo, tal y como señala la Comisión Europea en su informe al Parlamento Europeo y al Consejo, de 24 de enero de 2017, sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CE en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública, se debe prestar especial atención al reforzamiento de los órganos de resolución de recursos contractuales, lo que en nuestro ámbito se traduce en la necesidad de que el TAR-CJA se dote del personal suficiente para poder garantizar la resolución de los recursos en los plazos que establece la LCSP, porque en la brevedad de los mismos para su resolución, es donde está la esencia de este recurso especial en materia de contratación.

Por último, la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público, ha supuesto, como ya se advirtió en la memoria de 2017, mayor carga en la actividad del TARCJA al ampliarse su ámbito competencial a actos y contratos que hasta ahora no eran susceptibles de recurso, lo que exige una dotación suficiente de medios para que la garantía de tutela administrativa que les corresponde siga siendo una realidad.

Sevilla, 26 de marzo de 2019

Manuel Andrés Navarro Atienza.
Presidente del Tribunal Administrativo de
Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía